

Organizadores:

Cristhian Magnus De Marco
Magda Cristiane Detsch da Silva

Diálogos sobre Direito e Justiça

Coletânea de artigos 2019

**editora
unoesc**

Editora Unoesc

Coordenação

Tiago de Matia

Agente administrativa: Caren Scalabrin

Revisão Metodológica: Gilvana Toniélo

Projeto gráfico e diagramação: Simone Dal Moro

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 2019 / organizadores Cristhian
Magnus De Marco, Magda Cristiane Detsch da Silva. –
Joaçaba: Editora Unoesc, 2020.
710 p. – (Série Diálogos sobre Direito e Justiça, v. 5)

ISBN: 978-65-86158-03-8 (volume 5)

Modo de acesso: World Wide Web

1. Direito. 2. Justiça. I. De Marco, Cristhian Magnus. II.
Silva, Magda Cristiane Detsch da. III. Título. IV. Série

Doris 341

Universidade do Oeste de Santa Catarina

Reitor

Aristides Cimadon

Vice-reitores dos Campi

Campus de Chapecó

Ricardo Antônio De Marco

Campus São Miguel do Oeste

Vitor Carlos D' Agostini

Campus Videira

Ildo Fabris

Campus Xanxerê

Genesio Téó

Pró-reitora de Graduação

Lindamir Secchi Gadler

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão

Fábio Lazzarotti

Diretora Executiva da Reitoria

Cleunice Fátima Frozza

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti

Tiago de Matia

Sandra Fachinetto

Jovani Antônio Steffani

Lisandra Antunes de Oliveira

Marilda Pasqual Schneider

Claudio Luiz Orço

Ieda Margarete Oro

Silvio Santos Junior

Carlos Luiz Strapazzon

Wilson Antônio Steinmetz

César Milton Baratto

Marconi Januário

Marceli Maccari

Daniele Cristine Beuron

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 7

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

A ABORDAGEM POLICIAL E A LEGALIDADE DA FUNDADA
SUSPEITA À LUZ DOS PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA 11
Bonie Neves dos Santos, Rafaella Zanatta Caon Kravetz

A EVOLUÇÃO DA ASSISTÊNCIA À MULHER VÍTIMA DE
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA SOB A ÓTICA DA LEI MARIA DA
PENHA: SUA APLICAÇÃO PODE SER CONSIDERADA UMA AÇÃO
AFIRMATIVA? 43
Carolina Baldissera Walter, Rafaella Zanatta Caon Kravetz

A GARANTIA DA DIGNIDADE HUMANA NAS DECISÕES DE FIM
DE VIDA..... 75
Ana Luísa Flores Salles, Cristhian Magnus De Marco

A IMPUTAÇÃO DE AUTORIA NOS CRIMES DE CIBERPEDOFILIA
E SEU ENQUADRAMENTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ANTE
AS NOVAS TECNOLOGIAS105
Helena Burigo, Rafaella Zanatta Caon Kravetz

A INTERFERÊNCIA DA JUDICIALIZAÇÃO NA SAÚDE: A
ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NOS CONFLITOS JUNTO AO
SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)135
Diego Cervelin Minati, Roni Edson Fabro

A NATUREZA JURÍDICA DOS ANIMAIS E A POSSIBILIDADE DE SEREM CONSIDERADOS SERES SENCIENTES NO BRASIL: UMA COMPARAÇÃO ENTRE O ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE NO BRASIL E A NOVA LEI N. 8/2017 DE PORTUGAL.....165
Josiane Karine Land, Thiago Pires Canal

A PRÁTICA DESPORTIVA E CULTURAL UTILIZANDO ANIMAIS: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL 96/2017193
Karine Mallmann, Thiago Pires Canal

A RELEVÂNCIA JURÍDICA DA ATA NOTARIAL.....219
Barbara Antonia Tigre Chinato, Roni Edson Fabro

ANÁLISE DOS IMPACTOS DO SERVIÇO DE *STREAMING* DE MÚSICA SOBRE O DIREITO AUTORAL NO BRASIL..... 245
Amanda Peliciolli, Jéssica Romeiro Mota

CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO MUNDO VIRTUAL: A RESPONSABILIDADE DOS PAIS E/OU RESPONSÁVEIS FRENTE AOS CRIMES SOFRIDOS PELO MENOR..... 271
Anna Paula Milczarek, Magda Cristiane Detsch Silva

CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: RISCOS DA CONDENAÇÃO VALENDO-SE DA PALAVRA DA VÍTIMA COMO INSTRUMENTO ISOLADO DE PROVA NO PROCESSO PENAL 297
Gabriela Alves de Lima, Rafaella Zanatta Caon Kravetz

DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO DE MENOR 321
Vitor Lovato, Roni Edson Fabro

FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: UMA GARANTIA EM DEFESA DAQUELES A SEREM JULGADOS OU UMA FERRAMENTA PARA A IMPUNIDADE? 351
Pedro Henrique Zimmermann Boaretto, Roni Edson Fabro

JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE CAMPOS NOVOS: DIFICULDADES E PERCEPÇÕES DOS ENVOLVIDOS 377
Magda Cristiane Detsch da Silva, Thaís Lizandra de Souza

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE ANISTIA FRENTE AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF 153: CRIMES POLÍTICOS E CRIMES COMUNS COMETIDOS POR MOTIVAÇÃO POLÍTICA413
Fernanda de Oliveira Fracaro, Marcio Giusti Trevisol

MATERNIDADE TARDIA: A RESOLUÇÃO N. 2.168/2017 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA E A AUTONOMIA DA VONTADE DA MULHER COM MAIS DE 50 ANOS..... 455
Bruna Maciel Dressler, Rafaella Zanatta Caon Kravetz

O DIREITO À HERANÇA DIGITAL EM RELAÇÃO AOS BENS DIGITAIS INCORPÓREOS E ÀS CRIPTOMOEDAS À LUZ DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO..... 481
Anna Izadora Ramos Comini, Jéssica Romeiro Mota

PROTEÇÃO AOS REFUGIADOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO515
Renan Bittencourt de Oliveira, Roni Edson Fabro

TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES NO BRASIL: PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E EDUCAÇÃO AMBIENTAL541
Rafaella Zanardo, Ricardo Marcelo de Menezes

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

A FILOSOFIA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E O DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO JUSTO: JUSTIÇA PELO PROCESSO CIVIL..... 573
Cristhian Magnus De Marco, Paulo Junior Trindade dos Santos, Gabriela Samrsla Möller

A PARCELA DA SUBJETIVIDADE DE QUE A CIÊNCIA JURÍDICA
DEPENDE: A MALEABILIDADE SUBJETIVA EM FACE DA
INFLUÊNCIA DE DOENÇAS NO COMPORTAMENTO HUMANO 593
Paulo Henrique Teston, Cinthya Sander Carbonera Zauhy

DISCURSO COLONIAL, ESTADO DEMOCRÁTICO E A
DESIGUALDADE NO AMBIENTE URBANO 605
Marlei Angela Ribeiro dos Santos, Thais Janaina Wenczenovicz

EDUCAÇÃO E ENSINO DOMICILIAR EM PAUTA: DECISÕES,
REGRAS E REGULAMENTAÇÃO 631
Thais Janaina Wenczenovicz, Messias da Silva Moreira

EDUCAÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS: CONHECIMENTO E
HUMANIZAÇÃO POR MEIO DO ENSINO RELIGIOSO 657
Dionísio Felipe Hatzenberger, Thais Janaina Wenczenovicz

MEDIDAS ESTRUTURANTES PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO
HUMANO À MORADIA: DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA
CIDADE COMO MEDIDA DE JUSTIÇA 687
Cristhian Magnus De Marco, Paulo Junior Trindade dos Santos,
Gabriela Samrsla Möller

APRESENTAÇÃO

Chegamos ao sexto ano consecutivo desta Coletânea em e-book: “Diálogos sobre Direito e Justiça”, percebendo que a produção científica no Curso de Direito da Unoesc, Campus de Joaçaba, continua evoluído a cada ano, tanto em termos quantitativos como qualitativamente.

Neste ano, temos razões suficientes para comemorarmos, especialmente por que: (a) a Unoesc recebeu a aprovação dos seu Doutorado em Direito pela CAPES, logo após o Mestrado aumentar o seu conceito para 4; (b) o Curso de Direito do Campus de Joaçaba recebeu conceito 5 (máximo) na avaliação do MEC, e (c) a Unoesc foi avaliada como uma Universidade conceito 5 (máximo) pelo MEC.

Nesse contexto, o leitor poderá verificar que todas as pesquisas aqui relatadas mostram o comprometimento dos docentes e dos discentes do Curso de Direito com os temas mais relevantes da contemporaneidade. São abordagens instigantes, que perscrutam dilemas jurídicos, morais e éticos, típicos da época em que vivemos.

Nesta Coletânea de 2019, o leitor encontrará textos produzidos em parceria pelos professores e alunos da graduação, que podem ser considerados, em sua maioria, de iniciação científica, mas também há, no presente volume, textos com relatos de pesquisas mais avançadas, produzidas por mestrands, por uma doutoranda e por um pós-doutorando do PPGD, em coautoria com seus orientadores.

Ótima leitura a todos!

Cristhian Magnus De Marco
Magda Cristiane Detsch da Silva
Organizadores

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



A ABORDAGEM POLICIAL E A LEGALIDADE DA FUNDADA SUSPEITA À LUZ DOS PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Bonie Neves dos Santos¹

Rafaella Zanatta Caon Kravetz²

Resumo: A presente pesquisa tem por finalidade estudar a abordagem policial e a legalidade da fundada suspeita à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. O problema de pesquisa está estabelecido no que diz respeito à legitimidade do procedimento de abordagem policial, com o intuito de investigar a motivação capaz de justificar a fundada suspeita, avaliando a postura da polícia no referido procedimento, visando esclarecer os limites da abordagem. O método utilizado foi o dedutivo e a pesquisa é bibliográfica pautada em fundamentação doutrinária. No primeiro capítulo será abordado sobre o conceito de prova e seus principais aspectos e finalidades, será abordado dentro dessa perspectiva o instrumento probatório de busca e apreensão, e em consequência se discute sobre a fundada suspeita e suas diversas interpretações doutrinárias e jurídicas. Logo mais, no segundo capítulo se discorre sobre a abordagem policial, suas características e finalidades e também a diferença entre a discricionariedade e a arbitrariedade na atuação policial. Sendo assim, dentro dessa visão irá se versar sobre a influência do princípio da dignidade da pessoa humana e assim como sua origem jurídica, e logo em seguida irá se discorrer sobre sua soberania diante da ação policial, tendo o estudo como principal finalidade realizar uma reflexão do procedimento da abordagem policial diante desses alicerces.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Abordagem Policial. Fundada Suspeita. Dignidade da Pessoa Humana.

¹ Graduanda no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; bonie.santos@hotmail.com

² Mestra em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; rafaella.caon@unoesc.edu.br

1 INTRODUÇÃO

Dentro da esfera jurídica atual a expressão “fundada suspeita” é utilizada para a efetivação de diversos procedimentos probatórios dentro do Processo Penal, seja realizada pelo judiciário, seja pela polícia ostensiva. Em contrapartida, sua aplicabilidade continua sendo um mistério dentro da legislação brasileira, abrindo um leque de indagações acerca de como se pode delimitar este fundamento, prevenindo ações discricionárias dos agentes públicos.

A segurança pública tem como maior desafio combater o aumento da violência e também de processos criminais em andamento no judiciário, desta forma, o Estado conta com as ações e práticas da polícia militar em seu território no combate e prevenção de crimes.

A Polícia Militar tem como principal função a proteção e a prevenção da ordem pública, promovendo a segurança aos indivíduos e a pacificação da sociedade.

Porém, com frequência tem se discutido a forma do procedimento de abordagem policial, instigando a investigação da verdadeira motivação da fundada suspeita que leva o (a) policial à realização de referido procedimento, assim como a da busca pessoal, de forma a acentuar o debate envolvendo a perspectiva dos direitos fundamentais e da dignidade humana sobre estas ações.

No primeiro capítulo, serão abordados os instrumentos da prova dentro do Processo Penal Brasileiro, seus principais conceitos, finalidade e respectivos mecanismos probatórios, como uma noção introdutória para entendimento da origem motivadora das ações praticada pelo agente policial militar em ativa.

Em sequência será estudada a prática probatória da busca apreensão e seus elementos circunstanciais dentro do âmbito penal. Logo em seguida será realizado um esboço sobre a fundada suspeita, sua subjetividade e amplitude e assim como as principais consequências da generalização de seu conceito.

Por fim, será explanado sobre a abordagem policial, sua efetivação em conformidade com o ordenamento jurídico e assim como a postura do policial militar durante a realização deste procedimento tão fundamental para assegurar a segurança pública.

Este estudo dará ênfase ao efeito dos princípios da dignidade da pessoa humana no processo penal e na abordagem policial, com o objetivo central de assegurar limites combatendo qualquer ação discricionária do agente policial militar que possa lesionar as liberdades e direitos do cidadão comum.

Também será avaliada a real necessidade de se implementar os princípios dos direitos humanos nas escolas de formação de soldados e finalizando com o ultimo teor da qual reflexivamente irá explanar sobre a abordagem policial efetuada com o fundamento da fundada suspeita diante do respeito aos princípios norteadores da dignidade da pessoa.

Este estudo tem como propósito dissecar sobre os procedimentos da abordagem policial aliado com a busca pessoal, praticada pelo agente público policial militar no exercício de suas funções. Motivada pela instigante fundada suspeita, ambas as questões serão ponderadas sob a reflexão dos princípios da dignidade da pessoa humana como alicerce substancial das práticas probatórias processuais penais vigentes atualmente.

2 DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

Naturalmente, as provas dentro do processo penal possuem o papel central em guiar o judiciário na satisfação do poder punitivo, este instrumento acima de tudo significa a busca pela verdade, como explica Nucci (2009, p. 6), a ausência desta prejudica o andamento da ação penal tornando inválidos todo e qualquer recurso e assim como qualquer procedimento cabível.

A prova em si é a origem que motiva qualquer pretensão punitiva, não há acusação válida sem a mesma. A análise da prova consiste como cita Gomez Filho (2005, p. 18) em uma reflexão de valores sociais, pois seu intuito

está bem além de apenas o convencimento do juiz acerca da veracidade de tal situação, mas também convencer a sociedade acerca da decisão final.

Dentro do sistema processual penal como complementa Dezem (2008, p. 80), a prova tem como principal objetivo beneficiar a realização do contraditório e assim como o respeito a seus princípios, a mesma abrange os sujeitos processuais dentro do sistema inquisitivo ou acusatório.

Porém, não há uma definição única e concreta de prova nem na legislação, muito menos pelos doutrinadores, o que faz o que o seu sentido se torne tão amplo que é aplicado de várias formas dentro da esfera penal. “A primeira dificuldade com que se tropeça ao abordar o estudo da prova judicial, está na diversidade de acepções do vocábulo prova em direito processual.” (DELLEPIANE, 1942, p. 17).

A definição de prova e sua amplitude são questões extremamente profundas que precisam ser analisadas cuidadosamente, partindo primeiramente que a mesma se provém da verdade, a seguir será argumentado seu atual conceito ou o que mais se aproxima dele na atividade judiciária.

2.1 CONCEITO E FINALIDADE DE PROVA

Como supracitado o conceito de prova possui uma diversidade de significados, porém é necessário delimitá-la para evitar qualquer tipo de análise equivocada, segundo os pensamentos de Grego Filho (2013, p. 2012) prova é todo e qualquer instrumento que possa persuadir a decisão do juiz, o significado de sua palavra é originário do verbo em latim *probare* que significa examinar, demonstrar, a prova não necessariamente necessita ser absoluta, mas suficiente para convencimento.

Apesar de sua diversidade dentro do direito processual penal brasileiro, segundo Rangel (2013, p. 451) prova tem como finalidade principal guiar os sujeitos processuais na busca pela veracidade dos fatos ensejados seja de ação como de defesa, seu principal foco é o juiz, não deixando também de

afetar as partes envolvidas no processo seja de forma indireta, pois as suas consequências são reais motivadoras da aceitação ou não da decisão final imputada pelo juiz.

Como salienta Capez (2015, p. 367) o objeto da prova é todo e qualquer ato da qual recai certa dúvida, esses fatos são fortes influenciadores no convencimento do juiz e assim como na imputação da pena final do litígio, por isso a razão de sua necessidade em ser comprovada em juízo, é acima de tudo essencial que esses fatos sejam de caráter duvidosos e relevantes dentro processo.

Dentro do processo penal brasileiro, o processo probatório possui formalidades e requisitos para a admissibilidade de provas, desta forma para que as mesmas sejam consideradas válidas de apreciação dentro da ação penal, são instituídos meios de provas legalmente admitidos da qual serão abordados a seguir.

2.2 MEIOS DE PROVA

Destarte, como explanam Alvez e Feliciano (2019, p. 4) os meios de provas são instrumentos que possuem como objetivo central levar a comprovação da veracidade dos fatos dentro da instrução criminal, desta forma pode ser caracterizado por alegações, documentos, fatos ou qualquer tipo de elementos que possa beneficiar a elucidação dos acontecimentos e alegações obtidas.

Os meios de provas são alicerces fundamentais para a comprovação de alegações aliado com o intuito de obter uma decisão justa por parte do magistrado. De acordo com Barbosa (2019, p. 1), o Código Processual Penal Brasileiro especificamente em seus artigos 158 a 250 dispõem acerca dos meios de provas admitidos para a apuração da veracidade dos fatos, porém, ele não é taxativo, havendo sim a aceitação de provas não disciplinados em lei, desde que sejam moralmente legítimos e legais em conformidade com o princípio da verdade real, a qual busca reconstruir o que aconteceu no momento do crime.

Desta forma, os meios de prova além de auxiliar na busca pela verdade e pela justiça, são fontes indispensáveis para o andamento da instrução criminal, auxiliando na resolução dos casos e assim permitindo que o magistrado possa sanar as suas dúvidas e enfim dar cumprimento cabível punitivo para os sujeitos processuais envolvidos.

2.2.1 Prova Pericial

A prova pericial tem como principal singularidade o fato de que ela é técnica, segundo Oliveira (2010, p. 438), se trata da busca pelo conhecimento de certos fatos cuja a sua investigação necessita de alguém que possua conhecimento específico, está disposto no art. 158 e subseqüente art. 159 do CPP, que assim estabelece em seu *caput* § 7º, que deverá nomeado um perito oficial, devidamente habilitado para poder comandar a investigação dos vestígios do caso.

O que se pode afirmar, como cita Coraini (2016, p. 1), a perícia possui a grande responsabilidade de levar ao conhecimento do magistrado a elucidação do caso, através do estudo dos vestígios deixados no ambiente em que ocorreu o crime, a perícia possui maior credibilidade pois a mesma utiliza de meios científicos e técnicos na busca pela verdade dos fatos e sua reconstituição.

Deste modo, como Código de Processo Penal Brasileiro exige como obrigatoriedade que seja realizado o exame de corpo de delito em qualquer crime tenha deixado rastros, como explana Manzano (2011, p. 28), a palavra corpo *de delito* surgiu na era do direito medieval, sua concepção “corpo de delito” tem a como objetivo diferenciar crimes que deixam marcas visíveis dos que não deixam, e passou também a ser utilizado para vestígios encontrados no local da infração.

Assim como, para Tucci (1978, p. 204) explana o conceito de exame de corpo de delito como “meio de prova, prova pericial, destinada à

apuração dos elementos físicos, materiais, da prática criminosa, mediante a sua constatação direta e documentação imediata”. O Processo Penal através dos anos ressalta a exigibilidade do o exame de corpo de delito como prova fundamental que auxilia o juiz na fundamentação de sua decisão.

2.2.2 Prova Documental

Inicialmente, a prova documental está disposta respectivamente no art. 232 caput inserido no Código de Processo Penal, mas a definição de documento possui acepções bem distintas como explanam Cunha e Pinto (2008, p. 107), como o texto estritamente apenas se refere a “quaisquer escritos, instrumentos ou papeis públicos ou particulares” é certo que legislador também leva em consideração como prova documental fotografia, desenhos e outros esquemas.

Segundo Souza (2017, p. 1), é necessário observar que esses instrumentos probatórios devem possuir formalidades específicas para que possam ser admitidas e juntadas ao processo, configurando se como lícitas aos quais, citam-se, a verdade do conteúdo que se expõem o documento e a veracidade da identidade de quem produziu este mesmo documento.

Desta forma, partindo da reflexão de que as provas documentais são essenciais para a comprovação de eventuais condutas ou fatos, as mesmas possuem valor considerável dentro da instrução probatória, podendo ser tornar-se de grande relevância no desfecho decisivo da causa.

2.2.3 Prova Testemunhal

A prova testemunhal é imprescindível para qualquer desfecho dentro da instrução probatória, segundo Capriogliogi (2018, p. 1) a mesma se tornou uma grande aliada nas condenações no sistema processual penal brasileiro, isso deve pelo grande aumento na demanda do sistema investigatório, pela facilidade de se conseguir provas testemunhais, comparado com as demais já

supracitadas e pelas restrições técnicas que infelizmente a polícia judiciária, em regra, possui. Embora, se deva ter grande cautela em sua utilização, pois o depoimento de uma testemunha é uma descrição subjetiva de determinado fato, influenciada pela ideologia do próprio depoente.

Deste modo segundo Moreira (2015, p. 1) o sujeito considerado como testemunha, em sentido próprio, não é sujeito principal do processo, o mesmo é chamado em juízo para declarar os acontecimentos que visualizou, sob juramento, a respeito de circunstâncias referentes ao fato delituoso objeto da ação penal. Deste modo a testemunha sempre vai relatar algo que presenciou no passado.

A prova testemunhal está disposta nos artigos 202 a 225 do Código Processual Penal, mas a testemunha em si além de relatar o que viu, também precisa obedecer alguns deveres, como por exemplo de comparecer em juízo de acordo com o dispositivo art. 206 do CPP, caso ao contrário pode sofrer punibilidades ou até ser coercitivamente conduzida caso resistência, outro dever fundamental é de falar a verdade, pois a mesma está sob juramento e seu depoimento tem grande peso na decisão do juiz.

2.3 DA BUSCA E APREENSÃO

Segundo Pacelli (2015, p. 440-441) ao contrário das demais já explanadas anteriormente a qual são realizadas em contraditório, com a participação de ambas as partes, a busca e apreensão é considerada medida cautelar, com a garantia de assegurar se necessário a quebra de inviolabilidade seja da parte acusada como também de terceiros em relação a busca domiciliar e pessoal.

Segundo Pitombo (1999, p. 102), a busca é como um meio prova que visa alcançar pessoa ou coisas, já apreensão é considerada como cautelar probatória, pois tem como principal função assegurar a prova e excepcionalmente em alguns casos poder restituí-la de volta ao seu legítimo dono.

Desta forma, Segundo Lopes Júnior (2009, p. 687) a busca e apreensão configura-se de dois modos, podendo ser domiciliar como também pessoal, em conformidade com o disposto no art. 240, §1º do CPP. A busca domiciliar só pode ser realizada com a autorização de ordem judicial, mediante mandado, sob pena de incorrer em abuso de autoridade. Em contrapartida a expressão “fundadas razões” abre um leque para a discricionariedade e subjetividade, a busca domiciliar necessita ter uma finalidade clara e objetiva para ser realizada.

O Código de Processo Penal em seu texto no art. 241, também habilita ações alternativas de busca domiciliar, da qual pode ser efetuada com o consentimento do dono e em caso de flagrante delito, mas com ordem judicial somente se vale durante o período diurno, deve se frisar a indispensabilidade do mandado judicial de busca apreensão com a assinatura do juiz.

No que se refere a busca pessoal como explana Mirabete (2000, p. 322) somente poderá ser efetuada se houver a fundada suspeita de o sujeito esteja oculto consigo alguma arma ou outros objetos proibidos, no caso pode ser realizada através de revistas corporais, assim a procura em objetos que estejam com a pessoa como bolsas, mala, pastas e embrulhos, deve ressaltar que a busca pessoal independe de ordem escrita e pode ser realizada pela polícia ostensiva durante suas atividades rotineiras desde que possuam devido fundamento e motivação.

2.4 DA FUNDADA SUSPEITA

A expressão fundada suspeita está inserida no corpo do texto do art. 244 do Código de Processo Penal da qual condiciona e legaliza a busca pessoal a ser realizada sem nenhum tipo de mandato, sendo este o quesito norteador essencial para que toda tática possa ser realizada em conformidade com o ordenamento jurídico.

Porém, a interpretação do que é fundada suspeita é o que pode desestabilizar a ação policial, a mesma implicitamente pode dar ao agente

policial total liberdade, ocasionando que na maioria das vezes esses procedimentos são realizados de forma mais intuitiva do que diante de um problema ou delito concreto, o que conseqüentemente resulta no oposto da forma como deveria ser aplicado.

Na visão de Carvalho dos Santos (2015, p. 501) indivíduos de classe sociais mais baixas, mais humildes e especificamente negros nascidos em comunidades serão sempre vistos como principal suspeito até o estilo de abordagem nesses locais são mais frequentes enquanto nas áreas mais privilegiadas são feitas apenas vistoria de trânsito, sem busca pessoal, o que demonstra que as desigualdades sociais e raciais são fatores que influem na realização da abordagem policial.

Como cita Sarlet (2011, p. 55) diante disso, deve se compreender que a dignidade da pessoa humana tem um duplo papel dentro da jurisdição normativa, a mesma abrange de forma subjetiva e objetiva da qual está relacionada com os eventuais e fundamentais direito de uma sociedade, ela está relacionada não os aos direitos singulares, mas assim como representa a coletividade de um equilíbrio social da qual pretende se alcançar com efetividade pelo Estado.

Além do mais, ainda dentro da abordagem, para que possa haver o recolhimento de objetos encontrado com suspeito abordado, que vão de armas até mesmo documentos fraudulentos, os agentes públicos precisam realizar a busca pessoal, mas somente quando houver justa causa, ou seja, a fundada suspeita. Desta forma, para uma melhor definição, “Suspeita é uma desconfiança ou suposição, algo intuitivo e frágil, por natureza, razão pela qual a norma exige fundada suspeita, que é mais concreto e seguro.” (NUCCI, 2008, p. 501).

Se o suspeito é um masculino, o policial de gênero masculino poderá procurar em suas vestes, seu veículo indícios ou objetos ligado a algum crime, o mesmo acontece quando o suspeito é uma feminina, porém, é garantido por lei no art. 249 do Código Processual Penal, que uma policial feminina possa

revista-la, para evitar que qualquer toque que implique constrangimento ou até mesmo assédio, esses procedimentos como supracitado tem consigo um caráter preventivo.

A grande dificuldade está ligada a que grande parte da doutrina acredita que este procedimento é caracterizado pela fundada suspeita de que o indivíduo irá realizar algum crime ou acabou de cometê-lo e que o mesmo esteja ocultando algo consigo que esteja relacionado ao crime, porém, não há uma definição concreta seja técnica ou jurídica acerca da fundada suspeita, nem ao menos um conceito jurídico claro conciso que possa trazer à luz todas as possibilidades que possam justificar tal legitimidade.

Desta forma, “Assim, por mais que se tente definir a ‘fundada suspeita’, nada mais se faz que pura ilação teórica, pois os policiais continuarão abordando quem e quando eles quiserem.” (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 739).

A fundada suspeita sempre deve vir antes da abordagem ou da busca pessoal, o policial militar que aborda indivíduos por mera desconfiança está agindo de forma mais intuitiva do que de acordo com a verdadeira suspeição, outra questão que recai é, por exemplo, em uma prisão em flagrante, os policiais levam o indivíduo até a delegacia, e o poder judiciário prevê que a abordagem efetuada, foi motivada pela fundada suspeita.

Porém, o que se pode entender é que não há um controle ou fiscalização específica sobre o método utilizado na rua, o que se passa despercebido e na maioria das vezes acaba educando o agente Policial Militar acerca da legalidade da abordagem.

Como explana Sanchez (2018, p. 1) a fundada suspeita deve ser totalmente isenta de qualquer resquício preconceituoso que ainda sobrevive em nossa sociedade, na maioria das vezes devido a certa incompatibilidade vinda do próprio Poder Judiciário, aliada com falta de instrução do indivíduo que foi lesado e preso, não há existência de uma jurisprudência específica que tenha intenção de tornar uma prova ilegal se a mesma advier de uma

abordagem ou busca pessoal feita ilegalmente, neste caso por falta de uma fundada suspeita.

São nesses aspectos que tornam a abordagem policial umas das práticas mais importante e também difíceis de serem realizadas como cita Di Pietro (2012, p. 5) a questão do poder de polícia relacionado ao confronto entre dois aspectos, de um lado estará sempre o cidadão querendo exercer seus direitos e de outro a administração tem por incumbência condicionar o exercício daqueles direitos ao bem-estar ao bem coletivo, organizando e controlando o poder de polícia.

O essencial é não confundir a discricionariedade do agente público com a arbitrariedade, já que este é um muro bem vulnerável entre a constitucionalidade e o abuso de poder e são atitudes inteiramente diversas e com intenções distintas, da qual o policial ostensivo pode erroneamente recair devido ao poder que a sua posição lhe proporciona.

3 A ABORDAGEM POLICIAL

A abordagem policial é um método estabelecido e ensinado dentro das escolas de formação de policiais militares. Segundo Paduello (2015, p. 16) é necessário diferenciar a abordagem de busca pessoal, pois a primeira tem como principal intuito aproximação do policial militar do cidadão, independente se houver fundada suspeita, pois seu objetivo é de prevenção ao meio social, enquanto a busca pessoal necessita ser realizada diante da concreta suspeita do indivíduo ter realizado algum delito.

O Estado atua em prol da coletividade, neste caso de acordo com Neto (2016, p. 1) o papel da polícia consiste em preservar e restabelecer a vida pacífica em sociedade, com respaldo no ordenamento jurídico. Alguns procedimentos têm por objetivo prevenir e reprimir condutas delituosas, tendo a pretensão de antecipar ou precaver que atos ilícitos ocorram com a

prévia localização de objetos relacionados ao crime ou qualquer outro meio probatório que possa indicar que deve ser efetuada a prisão dos indivíduos.

Desta forma como explana Silva (2019, p. 11) a instituição da Polícia Militar tem seu próprio código de conduta, a qual deve ser rigorosamente cumprida, punindo o Código Penal Militar eventuais crimes praticados pelos seus agentes, seja na parte administrativa como também nos exercícios de suas funções, da qual é firmada separadamente da Constituição Federal.

Dentro da legislação militar há certos procedimentos que precisam ser realizados obrigatoriamente pelo agente policial em circunstâncias de perigo ou na incidência de algum crime, podendo o mesmo responder por omissão ou desobediência se não agir em conformidade com as determinações pré-estabelecidas por seus superiores hierárquicos.

3.1 CRITÉRIOS PARA A ABORDAGEM POLICIAL

Deste modo, a abordagem policial tem como pináculo a suspeita da prática de um ato delituoso da qual está ainda em tempo para ser coibido ou resolvido, notando-se em seu texto (artigos 240 e 244 no Código de Processo Penal), há certas lacunas que interferem nos limites e nas exigências para que se efetuem determinados procedimentos, podendo culminar em arbitrariedade.

A má interpretação e conhecimento jurídico por parte do agente policial militar acerca deste preceito, pode causar grandes embaraços ao processo penal, já que muitas prisões precisam ser relaxadas devido à falta de elaboração desta premissa ou de vícios e abusos perceptíveis que são incabíveis para o andamento da ação penal.

É imperioso considerar que: “há uma carga de subjetividade quando na ação policial que objetiva a busca em determinada pessoa, pois quando alguém será suspeito? A lei não diz. Alguém pode ser suspeito para policial x e não parecer para polícia Y.” (RANGEL, 2014, p. 158).

Desta forma, sendo a fundada suspeita o fator motivador principal nos procedimentos da polícia militar, sua atual imprecisão acarreta interpretações preconceituosas e discriminatórias tanto por parte da sociedade que fica em dúvida em relação a intenção do agente policial militar em serviço, tanto como para o próprio agente funcionário público que pode utilizar-se de sua posição para cometer vícios.

A questão seria qual o momento ideal que a mesma deve ocorrer, por que de certa forma quando a autoridade policial aborda um indivíduo advertindo-o ou coagindo-o, o mesmo acaba intervindo em seus direitos e garantias fundamentais em favor do interesse público, que visa à proteção e a segurança de todos os cidadãos. “No altar da fundada suspeita são sacrificados os direitos à publicidade, à intimidade e a dignidade, que a Constituição Federal pretendeu assegurar a todas as pessoas, brasileiras ou estrangeiras, residentes em solo pátrio.” (PAIXÃO, 2015, p. 32).

É importante ressaltar que de fato há uma complexa dificuldade em se definir qual é o momento em que a atividade cotidiana de um policial militar, a qual tem como principal objetivo proteger a sociedade, pode se tornar incoerente ou desigual com o cidadão abordado ou revistado e até mesmo se o mesmo realmente agiu de má-fé, aproveitando de seu poder de autoridade e superioridade na escala social para realizar atos de violência e coerção que lesionam o cidadão de forma drástica, seja de forma moral o que inclui também qualquer tipo de humilhação ou agressão psicológica como atos de coerção praticados sem justa causa e como também de forma material.

Como pressupõe Sanchez (2018, p. 1), infelizmente o que está sendo lecionado nos batalhões de formação militar é que a abordagem e assim como conseqüentemente as buscas pessoais devem ser realizadas precisamente, não levando em conta que se deveria ensinar em sua capacitação as delimitações legais desta tática, levando em conta uma fundada suspeição.

Outro procedimento realizado dentro as operações militares em particular da qual enseja muita polêmica dentro do meio jurídico está

relacionado na delimitação na forma de realização da busca pessoal, disposto no Código de Processo Penal, em seus artigos 240, § 2º e 244, da qual nas escolas de formação de policiais militares dispersas pelo Brasil é bastante comum ser tratado a busca pessoal como um requisito de segurança para a abordagem policial, ou seja, como cita Parentoni (2012, p. 1) a ação em que uma viatura chega a abordar algum indivíduo de conduta estritamente suspeita, lhe dá o direito de também pedir sua documentação, revista-lo, podendo ter como ensejo a sua prisão ou apreensão de objetos ligados a ilicitude.

Sendo que essa conduta tem como objetivo estabelecer a manutenção da ordem pública e da paz social, mas que podem sim esbarrar na liberdade individual do indivíduo dependendo da metodologia utilizada para a realização desta mesma tática policial.

Esta metodologia utilizada por cada policial na busca pessoal pode ser vista de certa forma como arbitrária e individual, batendo de frente com os preceitos da dignidade humana de cada ser, assim como o direito fundamental da liberdade de ir e vir. O policial militar é um agente dotado de fé pública até que se prove contrário, o que de certa forma deixa uma falsa concepção de que qualquer conduta seja ela dentro dos padrões ou fora dele, deve ser suportado pela sociedade por regra e pelo caráter de autoridade da Polícia Militar.

O amparo legal em relação ao procedimento da busca pessoal está disposto no art. 244 do Código de Processo Penal, mas, o que se debate é qual é a verdadeira condição da legalidade para promoção da busca pessoal em cidadãos, pois como até disposto até o momento está prática pode ser considerada ilegítima e invasiva, pois este procedimento esta internamente ligada a uma fundada suspeita, da qual não pode se apenas uma suspeita qualquer.

O agente policial que está em serviço deve ter discernimento sobre a sua materialidade, mas os requisitos essenciais que levam o mesmo a realização da busca pessoal rotineira, não estão de certa forma elencado de forma explicitas e esclarecedora pelo Código Processo Penal e nem sem seu Regime Militar, o que deixa certa nuvem de dúvida em relação qual é o

momento certo que deveria ser efetuada. “Uma prática policial usualmente utilizada é a busca pessoal para mera averiguação, ou mais conhecida como abordagem de rotina. Diante de todo o exposto até o presente momento é fácil identificar que tal instituto é inconstitucional.” (SANCHEZ, 2018, p. 1).

Esta discussão está também conexa com a legalidade e acima de tudo a grandiosidade que é o conceito de busca pessoal, da qual pode ser realizada por vários motivos, mas que de certa forma não está diretamente explicitada com clareza em seu texto legal o que torna esta medida de ordem processual de certa forma rodeada de fatores meios obscuros e subjetivos que tentam justificar a sua efetivação de acordo com a legitimidade, mas que falha a buscar requisitos universais para que a mesma possa ser praticada, pois os critérios utilizados para definir e limitar a sua utilização pelo agente público não devem apenas bastar a fundada suspeita, ou questão controversa a ser debatida.

3.2 O PODER DISCRICIONÁRIO VERSUS O PODER ARBITRÁRIO DENTRO DA POLICIA MILITAR

Dentro do dicionário brasileiro de língua portuguesa, Priberam (2019, p. 1), ao procurar o significado da palavra “discricionário” encontra-se termos como livre condições ou ilimitado, as atitudes discricionárias do agente policial é de longe um dos maiores desafios a serem superados dentro da administração militar, tudo isso se deve a questão de que apesar do agente estar subordinado a uma legislação específica, neste caso o supracitado Código Penal Militar.

A busca pela harmonia entre a discricionariedade pacífica dentro dos quesitos do princípio da legalidade na ação policial é atributo polêmico e que gera questões controversas, em meio a isso o art. 5, XXXV da Constituição Federal sintetiza que “nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída à apreciação do poder judiciário.” (BRASIL, 1988).

O agente policial militar responde administrativamente diante do judiciário por situações em que perpetuem dúvidas em relação ao caráter de legitimidade de suas ações o que não se relaciona com o objeto da matéria, deste modo percebe-se que não há de fato atos discricionários propriamente ditos como cita Leal (2017, p. 1), o que prevalece é que necessário motivar toda e qualquer atividade na ação policial em conformidade com as disposições legais da qual lhe é vinculado, vinculando-se apenas em relação ao fim e a competência o ato de discricionariedade.

Desta forma, como ensina Mello (2005, p. 403) a definição da discricionariedade está no que concerne ao limite da linha estabelecida entre a lei e o administrador, que tem como principal objetivo alcançar a norma jurídica no caso concreto inserido, diante da subjetividade e das particularidades com o intuito de satisfazer os critérios do sistema legal, o que significa que o agente público nunca possuirá liberdade ilimitada sobre seus atos apesar de haver uma ilusão de discricionariedade estabelecida em sua função.

As ações policiais exercidas pelo juízo discricionário precisam estar de acordo com as normas de administração pública e assim como os princípios de legalidade da qual dispõem linhas limítrofes de liberdade para o agente policial.

Naturalmente, como relata em suas reflexões Sagot (2015, p. 1), a questão da discricionariedade e por que a mesma se enseja em inúmeras práticas e procedimentos militares está fortemente relacionado a questão de que nem tudo que está disposto na letra da lei pode ser aplicado ao caso concreto, o que gera uma falsa sensação de que o policial militar possui uma liberdade absoluta de condicionar qualquer cidadão a toda e qualquer tipo de situação que desejar, pois o mesmo está vinculado aos critérios de preservação da ordem pública.

É necessário salientar que todo ato policial deve ser motivado e este critério é essencial e determinante em uma abordagem pessoal por exemplo, o policial utilizara suas ações para cumprir a lei, mesmo quando a mesma não

determina especificamente como deve ser feito. Mas é a questão da motivação que dará legalidade as suas ações.

O policial militar dentre tantas outras funções realiza a fiscalização, conforme as explicações de Moreira Neto (2005, p. 400), a fiscalização se dá para verificação de ordens superiores dentro da administração da polícia, isso deve por que é necessário ter um controle das atividades e dos bens usufruídos consentidos pela ordem pública, assim como licenças e autorizações. A fiscalização tem um caráter duplo de prevenção, de observação, de cumprimento e de repressão de infrações.

Dentro dessa mesma fiscalização há abordagem pessoal da qual possui critérios administrativos a qual estão ligados ao binômio da razoabilidade e a discricionariedade, mas que estão correlacionado ao bem coletivo, deste modo conforme explana o art. 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), em relação a finalidade do ato não há que se pleitear outro interesse senão o coletivo quando se limita direito de ir e vir à pretexto de abordar, qualquer fim que não seja o colimado pela norma é eivado de vício devendo ser imediatamente fulminado na regra de legalidade.

No que se refere em quem possui legitimidade de realizar a abordagem pessoal, “Não é competente quem quer, mas quem pode segundo a norma de Direito” (TÁCITO, 1987, p. 97), o que demonstra é que nenhuma pessoa particular é facultado exercer o poder de polícia, salvo com algumas exceções em que esteja relacionado à algum tipo de investigação administrativa em relação ações referente ao emprego de meios coativos imputados por agente policiais que sejam motivados apenas sob desígnio de restringir direitos e liberdades fundamentais.

A questão a qual se torna o pilar diferenciador entre a discricionariedade e a arbitrariedade está profundamente ligado aos requisitos que levaram tal ação policial seja ela de abordagem ou busca pessoal, os requisitos para sua efetivação devem ser concretos como a supracitada fundada suspeita, o flagrante delito, mandado judicial ou ordem superior.

Observa-se que são nessas premissas que reside o juízo discricionário do agente policial, a forma como ele flui esses atos discricionários perante o cidadão é o fator determinante para tal distinção.

Um exemplo complementar, para a facilitação do entendimento, seria em uma situação em que uma viatura abordasse um veículo sob argumentação de que o mesmo estava dirigindo em alta velocidade, neste caso a alta velocidade do carro deve ser concreto e o mesmo necessita ser o real motivador de tal ação, se ao contrário se prevê que o procedimento fora realizado de forma arbitrária.

Toda abordagem policial por mais que necessária é sim constrangedora, por isso o quesito de razoabilidade é relevância fundamental como forma de ajustar o procedimento, sem ferir direitos e a dignidade humana e conseqüentemente tornando o um ato legítimo, como explica Mello (1988, p. 56) é de valor vital, nas práticas administrativas policiais que se submetam a requisitos humanamente cabíveis e que esteja em harmonia com o bom senso e o respeito, sendo repudiada qualquer conduta que seja praticada com intolerância ou desprezo as condições impostas na lei.

Ao elucidar o juízo da discricionariedade, convém refletir que os procedimentos militares necessitam ter o caráter de conveniência e sensatez em relação ao cidadão que está subordinado aos seus atos, o agente policial possui uma discricionariedade de valor limitado, e deve exercer a disciplina e obediência ao regime militar em que está inserido, assim como as suas penalidades.

Como a discricionariedade tem como principal objetivo alcançar situações que não estão necessariamente previstas pelo legislador, da qual deve exercê-la sempre respeitando os limites constitucionais, a arbitrariedade é totalmente ao contrário deste fundamento, a mesma é ilegítima, ilegal e agride os princípios e direitos fundamentais e dignidade humana. Como explana Velloso (2007, p. 38) a arbitrariedade é praticada quando o servidor se desvia e acaba lesionando a lei e os princípios.

Como afirma Di Pietro (2003, p. 45) quando um ato se torna arbitrário, pode se afirmar que houve um desvio de poder, já que a administração está se distancia dos princípios legais que a regem. Essa mudança de direcionamento acarreta situações como o abuso de autoridade, da qual as práticas do policial militar em situações de abordagem ou busca pessoal ferem a dignidade humana do cidadão.

Sob o entendimento de Carvalho Filho (2004, p. 62) atos arbitrários corrompem a administração do estado, danifica os atos discricionários, prejudica a imagem do agente funcionário público, agride os direitos fundamentais e constitucionais sancionados e assim como da administração pública e principalmente deixa de exercer a sua função de atender o bem da coletividade.

Quando esta questão está relacionada aos procedimentos praticados por policiais militares em sua rotina de trabalho, é realmente difícil da esfera exterior diferenciar em que momento o agente policial ultrapassou os limites de juízo discricionário e passou agir de forma arbitrária, pois de uma visão social geral, o policial militar tem o livre arbítrio de agir como achar melhor, esse entendimento é equivocado, mas em geral prevalece no pensamento da sociedade, o que dificulta a administração pública no processo de investigação em situações de abuso de autoridade, pois o cidadão passa acreditar que essas atitudes arbitrárias são válidas e acaba se silenciando diante de possíveis abusos.

Diante desse impasse em que o agente policial se encontra ao realizar a abordagem policial, no próximo capítulo será discutido como esse procedimento afeta a liberdade de ir e vir e a dignidade humana

3.3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Durante o processo histórico da formação da humanidade e das sociedades, com o passar dos anos passou a prevalecer a dignidade da pessoa humana como um direito universal, a qual combate diretamente ou indiretamente qualquer tipo de ações que possam ferir o indivíduo.

Em sentido etimológico dignidade vem latim *dignitas*, da qual um significado de honradez e honestidade como define Ferreira (2004, p. 66) “[...] autoridade moral; honestidade; respeitabilidade; decência; decoro; respeito a si mesmo; amor próprio [...].”

Neste sentido para a concepção de Farias (2000, p. 56) “a pessoa humana é hoje considerada como o mais eminente de todos os valores por que constitui a fonte e a raiz de todos os demais valores”; esses valores tornam a pessoa e o seu direito de ser existir ainda mais superior diante dos direitos coexistentes.

Com um olhar mais profundo, segundo Miranda (1991, p. 169) deve se compreender que a dignidade da pessoa humana está veemente posicionado ao homem em sua existência real, ao invés da dignidade humana que em geral está relacionada ao ser humano em sua totalidade abrangendo como uma qualidade universal que pertence a todos.

Sob a luz da veracidade, Moraes (2003, p. 60) em seus estudos tenta novamente trazer uma definição mais ampla e coesa a este princípio, da qual tantos doutrinadores com o passar dos séculos ainda debatem, acerca da verdadeira definição da dignidade da pessoa humana como direito fundamental comenta:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, construindo-se um mínimo invulnerável que todos estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos Direitos Fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Convencionada pela Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada em 1948, a mesma em seu preâmbulo deixa claro como direitos

iguais e inalienáveis e o reconhecimento do valor da pessoa humana como soberana e universal dentro de qualquer sistema governamental.

A Constituição Federal Brasileira (BRASIL, 1988) deixa bem claro no disposto do art. 5º, inciso III, declarando sob toda a extensividade do território brasileiro a dignidade da pessoa humana como direito fundamental a todos os cidadãos, apesar do conceito de dignidade humana ser tão difícil de ser explanada, segundo Moraes (2013, p. 8) esse princípio está intrinsecamente vinculado aos direitos fundamentais e assim como possui o amparo no direito constitucional da atualidade.

Desta forma, para Bulos (2015, p. 499) a dignidade da pessoa humana é uma garantia contra qualquer forma de discriminação, opressão e exclusão que possa afetar qualquer cidadão em diversas situações, ao ser disposto na Constituição Federal, se torna o principal dever de a administração pública fazer com que esse direito possa ser respeitado como um valor soberano e universal.

3.4 A SOBERANIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DIANTE DA AÇÃO DA POLÍCIA MILITAR

Diante das práticas e condutas da sociedade atual, a dignidade da pessoa humana se tornou cada vez mais vulnerável a lesões. Dentro da perspectiva deste estudo a abordagem realizada pela polícia ostensiva militar pode ser considerada como uma afronta ao respectivo direito, se a forma como a mesma é realizada estiver fora dos padrões legislativos e assim como houver a insuficiência de justa causa, traz novamente à tona a polemica questão de como deve ser realizada a preparação dos agentes policiais na condução de uma abordagem ou busca pessoal.

Nesta mesma linha de pensamento, os direitos fundamentais de proteção ao cidadão, instituído na Constituição Federal parágrafo 5º (BRASIL, 1988) e na Carta Magna de 1988, também sofrem com a falta de controle das ações policiais, sendo que os mesmos são direitos cuja a sua

relevância e essencialidade deveriam também estar sendo ensinada nas escolas militares, já que não se pode formar policiais sem dar aos mesmos um olhar mais humano sob o cidadão. Como garante Ferraz Filho (2014, p. 35), o estado democrático de direito assegura em sua constituição que os direitos fundamentais serão garantidos.

De acordo com Dantas (2015, p. 89) as abordagens em território brasileiro são conduzidas de forma violenta com uso de força em proporção demasiada. O art. 234 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2019), ressalta que o uso da força é aconselhável nas circunstâncias em que houver resistência por parte do indivíduo ou quando o agente policial militar se encontra em uma situação extrema de risco tanto para ele mesmo quanto para a sociedade ao seu redor.

A afirmação do uso da violência se repete não só entre doutrinadores, mas também em denúncias realizados por cidadãos ao Estado que se sentiram altamente prejudicados pelo excesso da ação policial ou que de alguma sentiram constrangidos ou discriminados de forma vexatória pelas guarnições de rua.

É papel essencial do estado democrático realizar investigações através do processo administrativo interno da polícia militar, para que se possa desvincular qualquer tipo de conduta que seja altamente toxica para a efetividade da polícia preventiva, ações violentas que tenham como objetivo garantir a paz social são cabíveis quando realizadas de forma controlada, mesmo assim deve haver necessidade de prestar contas ao Estado.

O suporte dos princípios fundamentais e assim como da dignidade da pessoa humana, se tornam auxiliares de extremo valor não só para o indivíduo como também para a administração pública em corrigir qualquer situação que possa agredir estes valores universais.

3.5 A ABORDAGEM POLICIAL E A LEGALIDADE DA FUNDADA SUSPEITA À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Naturalmente o agente policial militar precisa assegurar a segurança pública, mas também necessita exercitar os direitos humanos, para Dallari (1998, p. 7), “a expressão ‘direitos humanos’ é uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana” já que a existência desses direitos é a principal fonte de defesa do ser humano.

Sob um olhar mais profundo, é necessário se voltar desde o princípio a partir, do exato momento em que indivíduo entra na academia de formação de soldados realizados pela Instituição da Polícia Militar Estadual, como cita Neto (2008, p. 1), esses futuros agentes policiais militares necessitam ter consciência da imensa importância de suas funções e que os mesmos são também defensores dos direitos humanos para que possam sair formados com conhecimento técnico e jurídico necessário para prática em sociedade.

Esta prática em sociedade é de fato o maior desafio de todo policial no convívio social, porém, se houver uma preparação nas academias militares que envolva não somente a teoria jurídica em si, como também transmissão de valores éticos e morais e humanitários, conciliados com o estudo da psicologia humana, podem ser um grande alicerce para o desenvolvimento de agentes policiais mais prudentes.

Como ressalta Mendes e Campos (2011, p. 1) a preservação e a valorização dos direitos humanos e do princípio da dignidade da pessoa humana não é apenas uma idealização errônea, apenas são reflexos da evolução de paradigmas, que visa uma atuação policial embasado pela educação e inteligência, promovendo uma polícia educativa e que valoriza a vida humana, sendo estas mesmas ações da força do Estado e das políticas públicas, seja no sentido da efetivação de ações educativas, bem como, no respeito à dignidade da vida humana.

4 CONCLUSÃO

Inicialmente é importante concluir que os instrumentos probatórios dentro do processo penal possuem uma grande relevância para o andamento da instrução criminal, desta forma o estado democrático para otimizar a segurança pública utiliza de suas polícias ostensivas para auxiliar no processo de obtenção desses instrumentos.

É importante frisar que em meio a esse processo cabe a polícia militar atuar de forma preventiva e repressiva em busca de promover a harmonia da ordem pública, desta forma o agente policial possui respaldo dentro da lei para realizar abordagens e buscas pessoais em conformidade com as circunstâncias legais que foram dispostas no Código de Processo Penal.

Porém, a questão da fundada suspeita trouxe grandes controvérsias acerca da sua definição, já que a falta de taxatividade presente no art. 240 do Código Processual Penal, enseja inúmeras teorias e assim como não delimita as ações policiais.

Assim, nesse estudo entende-se que o ato de suspeitar de um indivíduo deve estar intrinsecamente relacionado com a atividade suspeita que o mesmo está cometendo ou acabou cometer, ações movidas de forma intuitiva podem ensejar situações tendenciosas para a pessoa fora abordada pela guarnição em serviço.

Conclui-se que a suspeita só se torna real quando a mesma é movida por atos concretos, para que então o agente policial militar possa ter competência e legitimidade para intervir na liberdade de ir e vir do indivíduo relacionado. Nesse raciocínio, a suspeita apenas só pode ser fundada quando houver razões reais e materiais que ofereçam periculosidade que possam afetar de forma negativa a coletividade.

Em síntese a abordagem policial se revela uma ação indispensável para o processo probatório penal, mas necessita ser realizada de forma

proporcional diante da verdadeira necessidade da aplicação desta medida, assim como cabe a fundada suspeita ser o real motivador destas ações. A aplicação de práticas e ensinamentos sobre a essencialidade de incentivar o respeito aos princípios da dignidade humana e os direitos humanos dentro das escolas de formação de soldados, pode ser uma peça chave na redução do risco de possíveis excessos.

REFERÊNCIAS

ALVES, L. C. de S.; FELICIANO, A. L. *Dos Meios de Prova no Processo Penal Brasileiro*. Disponível em: <https://www.fadiva.edu.br/documentos/jusfadi-va/2015/14>. Acesso em: 15 set. 2019.

AQUINO, J. C. G. X. de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 15.

BITTAR, E. C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

BULOS, U. L. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. atual com emenda constitucional n. 70/2012. São Paulo: Juarez de oliveira, 2002.

CAPEZ, F. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPRIGLIOGI, G. *As Provas em Espécie na Esfera Penal: Considerações feitas diante das ferramentas comprobatórias do Direito Penal*. Disponível em: <https://ghcapriglioni.jusbrasil.com.br/artigos/517963163/as-provas-em-especie-na-esfera-penal>. Acesso em: 9 set. 2019.

CARVALHO DOS SANTOS, L. C. de. *Violência e Criminalidade*. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11448. Acesso em: 5 jun. 2018.

CARVALHO FILHO, J. dos S. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de janeiro: Freitas Bastos, 2004.

CUNHA, R. S.; PINTO, B. R. *Processo Penal: Doutrina e Prática*. Pituba: Jus-Podivm, 2008.

DALLARI, D. de A. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna;1998.

DAMÁSIO, E. de J.; FREITAS, G. P. de; FREITAS, V. P. de. *Abuso de Autoridade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22.

DANTAS, A. C. Mediação Policial, Segurança Pública e Segurança Humana: uma abordagem reflexiva. *Revista direito, estado e sociedade*, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://www.Periódicos.capes.gov.br>. Acesso em:

DELLEPIANE, A. *Nova Teoria da Prova*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1942.

DEZEM, G. M. *Da prova penal: Tipo Processual, Provas Típicas e Atípicas*. Campinas: Millenium, 2008.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FARIAS, E. P. de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida, privacidade a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor 2000.

FERRAZ FILHO, J. F. da C. *Constituição Federal Interpretada*. 5. ed. Barueri: Manole, 2014.

FERREIRA, A. B. de H. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

GOMEZ FILHO, A. M. Notas sobre a Terminologia da Prova. In: YAR-SHELL, F. L.; MORAES, M. Z. de (org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

GRECO FILHO, V. *Manual de Processo Penal*. 10. ed. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUNIOR, I. P. de O. *A prova testemunhal no processo penal*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35429/a-prova-testemunhal-no-processo-penal>. Acesso em: 16 set. 2019.

LEAL, G. R. *Aspectos Relevantes da Discricionariedade do Policial Militar*. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3565/Aspectos-relevantes-da-discricionariedade-policial-militar>. Acesso em: 16 set. 2019.

LIMA NETO, J. S. de L. O papel da polícia militar no Estado Democrático de Direito. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52191/o-papel-da-policia-militar-no-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 28 set. 2019.

LOPES JÚNIOR, A. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1.

LOPES JÚNIOR, A. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAGALHÃES, M. C. As abordagens policiais inapropriadas e o desrespeito aos direitos fundamentais e individuais. *Migalhas*, 6 jul. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/283156/as-abordagens-policiais-inapropriadas-e-o-desrespeito-aos-direitos-fundamentais-e-individuais>. Acesso em: 16 set. 2019.

MELLO, C. A. B. de. *Anulação do ato Administrativo por Desvio de Poder*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, C. A. B. de. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, F. C.; CAMPOS, P. J. de. *Educação policial para a dignidade da pessoa humana: mudança de paradigma*. Disponível em: edemebox.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25542:educacao-policial-para-a-dignidade-da-pessoa-humana-mudanca-de-paradigma&catid=270:276&Itemid=21. Acesso em: 12 set. 2019.

MINAGÉ, T. *O que é dignidade da pessoa humana?* Disponível em: <http://justificando.com/2015/03/28/oqueedignidadedapessoahumana>. Acesso em: 12 set. 2019.

MIRABETE, J. F. *Processo Penal*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES MANZANO, L. F. *Prova pericial*. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, G. de S. *Manual de processo penal e execução penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, G. de S. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 6.

OLIVEIRA, E. P. de. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PACELLI, E. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

PADUANELLO, J. de C. *Aspectos legais da abordagem policial*. Assis: Fundação Educacional do Município de Assis, 2015.

PAIXÃO, A. C. V. da. *A Busca e a Apreensão no Processo Penal*. Disponível em: <http://www.serrano.neves.nom.br/cgd/010601/2a020.htm>. Acesso em: 22 nov. 2018.

PARENTONI, R. *Abordagens policiais – direitos, deveres e dicas de comportamento*. Disponível em: <https://robertoparentoni.jusbrasil.com.br/artigos>. Acesso em: 5 jun. 2018.

PINHEIRO, A. *Abordagem Policial e a Fundada Suspeita*. Disponível em: <https://adrianopinheiroadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/372009832/abordagem-policial>. Acesso em: 4 set. 2019.

PINTO, J. B. M. et al. *Políticas de Formação dos Operadores de Segurança Pública e Justiça criminal*. 2005. Disponível em: http://www.mj.gov.br/senasp/pesquisas_aplicadas/anpocs/concurso_projeto_s.htm. Acesso em: 13 set. 2019.

PITOMBO, C. A. V. B. *Da busca e da apreensão no Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RANGEL, P. *Direito Processual Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ROSA, A. M. da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SAGOT, F. P. *A Discricionariedade no Poder de Polícia: Reflexos limites com base na principiologia constitucional*. Disponível em: <http://www.jus.com.br/artigos/37773/adiscricionariedadadenopoderpolicia>. Acesso em: 15 set. 2019.

SALES, C. *Teoria Geral da Prova no Direito Processual Penal Brasileiro*. Disponível em: <https://carolinesales.jusbrasil.com.br/artigos/337514638/teoria-geral-da-prova-no-direito-processual-penal-brasileiro> Barbosa. Acesso em: 5 ago. 2019.

SANCHEZ, D. M. A fundada suspeita como pressuposto de legalidade na abordagem policial. *Âmbito Jurídico*, 1 out. 2016. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17922&revista_caderno=9. Acesso em: 17 jun. 2018.

SANCHEZ, R.; GOMES, L. F. *Legislação Criminal Especial*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. (Coleção Ciências Criminais, v. 6).

SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, A. do A. Ética do policial. Disponível em: <http://www.pmr.v.sc.gov.br/publicacoesETrabalhosArquivo.do?cdPublicacao=3268>. Acesso em: 25 set. 2019.

SILVA, S. S. da. *Direitos humanos é só para proteger bandidos?* Disponível em: <http://www.ssp.df.gov.br/sites/100/Direitoshumanososopara protegerbandidos>. Acesso em: 12 set. 2019.

SOUSA, A. *Prova documental e testemunhal no processo penal*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60969/prova-documental-e-testemunhal-no-processo-penal>. Acesso em: 4 set. 2019.

SOUZA, S. C. de S.; BONACCORSO, N. S. *A Importância da Prova Pericial no Processo Penal*. Disponível em: <https://saracoraini.jusbrasil.com.br/artigos/418314346/a-importancia-da-prova-pericial-no-processo-penal>. Acesso em: 10 ago. 2019.

TUCCI, R. L. *Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1978.

VELLOSO, G. *Desvio de Poder: Jurisprudência e Aplicação Prática*. São Paulo: Malheiros, 2007. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/discricion%C3%A1rio>. Acesso em: 14 jul. 2019.

WOLANIUK, J. N. *A formação da fundada suspeita na atividade policial no estado democrático de direito: parâmetros e limites constitucionais na condução de buscas pessoais* Curitiba: Universidade Tuiuti do Paraná, 2014.

A EVOLUÇÃO DA ASSISTÊNCIA À MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA SOB A ÓTICA DA LEI MARIA DA PENHA: SUA APLICAÇÃO PODE SER CONSIDERADA UMA AÇÃO AFIRMATIVA?

Carolina Baldissera Walter¹

Rafaella Zanatta Caon Kravetz²

Resumo: Neste estudo o objetivo é realizar uma análise histórica no que tange a evolução do enfrentamento à violência doméstica praticada contra a mulher, sob a luz da Lei Maria Penha – promulgada em 7 de agosto de 2006. Além da contextualização histórica realizada, a intenção principal é uma apreciação crítica da Lei n. 11.340/06 tocante a sua aplicabilidade como uma ação afirmativa, se suas características e resultados apresentados até o presente momento podem ser identificados como uma ação que protege de forma eficaz uma minoria vulnerável da sociedade. Não obstante o relatório feito sob uma análise histórica da evolução humana e o seu comportamento diante a desigualdade de gêneros, que até o presente momento não conseguiu ser superada, mesmo com todos os esforços legislativos e sendo uma afronta ao princípio constitucional da igualdade.

Palavras-chave: Violência contra Mulher. Violência Doméstica. Dignidade Humana. Lei Maria da Penha. Ações Afirmativas.

1 INTRODUÇÃO

Este estudo é direcionado a compreender a evolução da assistência à mulher vítima de violência doméstica, com enfoque na aplicação da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06) (BRASIL, 2006), quanto à possibilidade de ser considerada ou não uma ação afirmativa, no sentido de combater as

¹ Graduanda no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; walterbcarolina@gmail.com

² Mestra em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; rafaella.caon@unoesc.edu.br

desigualdades sociais, haja vista se tratar de circunstâncias que infringem direitos constitucionais da igualdade de gêneros.

É sabido que a Constituição Federal, a qual rege nosso país, enfatiza que não deve haver distinções entre homens e mulheres. Entretanto, não é suficiente apenas que haja a previsão legal, é preciso mecanismos que gerem resultados eficazes.

A presente pesquisa encontra fundamento em analisar possibilidades, sob a ótica do direito constitucional e penal, para estimular a reflexão acerca de se no momento em que vivemos há de fato um mecanismo que viabilize o combate à violência de gênero.

O ponto de partida deste estudo é demonstrar a evolução trazida com a Lei da Maria da Penha como assistência à mulher vítima de violência doméstica, de modo a preservar a sua integridade e dignidade. Enquanto em um segundo momento a pesquisa será direcionada para a problemática trazida com a Lei Maria da Penha no que se refere à efetividade da assistência a mulher vítima de violência doméstica, levantando-se o questionamento sobre ser considerada ou não como uma ação afirmativa.

Mesmo havendo diversas conquistas feitas pelo gênero feminino, que vão desde o direito ao voto até o direito de trabalhar em algo além dos serviços domésticos, isso não fez com que alcançassem a igualdade que prevê a legislação.

Desta forma, por meio do princípio constitucional da dignidade frente à discriminação e a violência de gênero, a Lei Maria da Penha em sua aplicação objetivou garantir maior igualdade a mulher quanto à assistência que lhe é fornecida.

A Lei Maria da Penha é considerada responsável por ter trazido maior enfoque à assistência à vítima de violência doméstica direcionada ao gênero feminino, principalmente no que se refere a maior conscientização sobre a discriminação da mulher frente ao acesso a sua proteção sob o enfoque jurídico.

O fato de ser ou não a Lei Maria da Penha uma ação afirmativa, acaba por trazer à tona a questão de concretização de políticas públicas voltadas a fornecer assistência à mulher agredida no contexto familiar.

Isso se deve ao fato de que, apesar de ter sido criada para garantir a proteção da mulher que sofre agressões domésticas, não há comprovação de que a assistência fornecida à vítima tenha produzido resultados eficazes.

Ressalta-se que a desigualdade perante a mulher em nosso país tem origem em uma cultura de violência decorrente da imposição do homem como figura superior dentro da sociedade, o que se reflete até hoje, diante da diferenciação dos gêneros no mercado de trabalho, como por exemplo, a diferença salarial, onde um homem e uma mulher que ocupam o mesmo cargo recebem salários distintos, sendo essa situação muito comum no Brasil.

Nesse sentido, para reduzir a desigualdade criada pela sociedade no que se refere à questão entre os gêneros, a Lei n. 11.340/06 também teve como objetivo incentivar políticas públicas de proteção à família em vista de reduzir a violência e, por consequência, a desigualdade social.

Diante da complexidade do tema e reconhecendo assim a legislação a existência de desigualdade entre homem e mulher, daí se objetivando proteger a família, porém ante a realidade vivenciada, na qual a figura da mulher acaba sendo a maioria das vítimas de agressão doméstica, acaba a Lei Maria da Penha sendo objeto de questionamento quanto a ser ou não uma ação afirmativa.

O presente trabalho utilizou-se do método dedutivo, abordando conceitos que permeiam o tema como forma introdutória. Após, buscou-se realizar um paralelo histórico e atual, para poder criar melhores reflexões sobre a efetividade da legislação que rege o momento em que vivemos.

2 LEI MARIA DA PENHA (LEI N. 11.340/06): BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS

É possível perceber que, atualmente, existe a inclusão na legislação brasileira da proteção ao direito e a dignidade da mulher, mas nem sempre isto ocorreu.

O histórico da legislação era omissivo e não havia menções às punições em caso de violar o direito feminino. Hoje, embora exista a lei, sua aplicação é pouco eficaz. No transcorrer deste texto, se demonstrará que as ações promovidas pelo Estado não surtem o efeito necessário para melhoria desta problemática.

Desta forma, é necessário contextualizar a legislação em evidência no presente artigo, a Lei n. 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha. A mesma leva este título devido a história de uma biofarmacêutica, Maria da Penha Maia Fernandes, a qual, em seu âmbito familiar, foi vítima de agressões psicológicas e principalmente físicas, com autoria de seu marido. A dor que ela sofreu fora canalizada para a luta pelo fim dessa violência, que na época não obtinha amparo na legislação brasileira (SOUZA, 2009).

Ainda, Souza (2009, p. 22, grifo nosso) pontua mais um fator agravante no cenário da violência sofrida por Maria da Penha, a qual se perpetua até hoje:

A Maria da Penha que empunhou a bandeira da luta em relação à violência contra a mulher foi vítima de atrocidades que a deixaram paraplégica, e o autor não era um operário (pasmem os conceituosos de plantão!), mas sim, um professor universitário, situação esta que de pronto evidencia que o problema da *violência do homem em relação à mulher ultrapassa as fronteiras das classes sociais*; está presente em todas elas e não respeita sequer o grau de intelectualidade.

A Lei Maria da Penha demonstra quão revolucionário é o sistema legislativo brasileiro, ora não é qualquer país que desenvolveu um sistema jurídico apenas para amparar a mulher vítima de violência, afinal é um problema mundial. Ocorre que, ainda com essa garantia legal, não é suficiente para suprir a demanda, tampouco para fazer com que o Brasil fosse destaque neste combate.

Ao ser publicada a Lei n. 11.340/06, o que se esperava era uma alegria por completo, considerando-se acreditar que todos se contentariam com o início de uma nova era de igualdade. Mas ocorreu uma guerra silenciosa, mulheres felizes por acreditarem estar seguras, e homens com medo de sua supremacia e poderio acabar. A lei veio para revelar que a situação era pior do que se acreditava ser, pois atingiu principalmente o que estava escondido dentro dos lares, a violência de gênero desenfreada dentro do local que devia inspirar segurança para todo indivíduo, o lar (CAMPOS; CORRÊA, 2009).

É essencial trazer conceitos definidos pela Lei n. 11.340/06:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. (BRASIL, 2006).

A violência entre os gêneros dá-se conjuntamente pelas questões culturais, que na parte ocidental do planeta intensificam a figura masculina. É notório que a mulher tenta ocupar cargos denominados aos homens, entretanto

não é recíproco, ficando desta forma estampado o rótulo da superioridade masculina. Por isso, por meio de pesquisa, os dados de violência e submissão ainda não atingem a desejada precisão, pois as vítimas são intimidadas e acabam por omitir as agressões (VIANA et al., 2018).

A história de Maria Penha é a mesma de muitas mulheres até hoje. É cotidiano o noticiário, por exemplo, denunciar a morte de mulheres vítimas de agressão doméstica. Ou mesmo aquelas que não falecem, tem repetidamente sua integridade física e moral violada. Destarte, é preciso admitir que a realidade fática da violência doméstica contra mulheres é presente e se tornou normal aos olhos.

2.1 VIOLÊNCIA CONTRA MULHER: SOB A LUZ DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E OS PREJUÍZOS À DIGNIDADE DA MULHER

O desrespeito às normas perante as mulheres não ocorre somente no Brasil, mas em diversos países e culturas, sendo alguns de forma mais acentuadas e outros de forma mais branda. O “*status inferior*” ao qual o sexo feminino é submetido está presente no cotidiano e inserido na educação desde que nascem as pessoas. É algo que se identifica no ambiente familiar, no trabalho e também nas demonstrações culturais, como por exemplo, na música são inúmeras as vezes em que encontramos apologia à violência contra mulher como sendo algo natural (SOUZA, 2007).

Nos dias de hoje, ainda se percebe que há uma busca em encontrar a origem da diferenciação dos gêneros. As hipóteses são inúmeras: na idade da pedra, a fêmea sendo segurada pelos cabelos e arrastada pelo macho; na Grécia, eventos de cunho social onde as mulheres não eram dignas de participação; ou mesmo a coisificação da mulher que ocorria na Roma. O modelo de família onde o pátrio poder, masculino, imperava era a sentença de que todos os demais deviam curvar-se a suas ordens e seguir sem contestá-las, caso contrário, arcariam com a repressão (DIAS, 2004).

É inevitável realizar um estudo da violência contra o sexo feminino sem antes apresentar um apanhado histórico. A sociedade que se vive nos dias de hoje é fruto do que um dia já fora e uma tentativa de “aperfeiçoá-la”. Entretanto, não foi possível identificar uma real melhora do ponto de vista da temática do presente artigo. Mesmo que leis específicas tenham sido criadas, a violência, especialmente contra mulheres, é fato recorrente, o que permite que o tema seja alvo de discussão continuamente.

No século XX, de modo geral, é que as mulheres que tiveram oportunidade de observar um mundo além daquele que estavam inseridas, iniciaram a busca por obter seus direitos. O marco inicial na obtenção destes direitos está em adquirir a chance de escolher seus governantes, o voto. Aos poucos conseguiam excluir da legislação conteúdos discriminatórios e conquistar garantias e direitos que eram inerentes à condição de sobrevivência masculina. Ora, em certo momento as mulheres casadas eram consideradas relativamente incapazes, sendo seu marido o “tutor”. Foi somente com a Constituição de 1988 e o novo Código Civil que trouxeram a “igualdade” desejada (CAMPOS; CORRÊA, 2009).

A mulher do século XXI é aquela que se acomodou com o que “adquiriu” até agora. Hoje repara-se que o sexo feminino já ocupa lugares da sociedade antes iminentes ao sexo masculino, todavia há muita discrepância, como por exemplo, no cenário político. A igualdade da legislação fez com que a luta por direitos fosse deixada de lado e por vezes ridicularizada pelas próprias mulheres. O pior retrato da falsa igualdade é no seio familiar, onde a violência é frequente, não denunciada, tampouco punida. Existe, assim, extrema necessidade que o Estado e as mulheres militem pela igualdade real (DIAS, 2004).

Desta ótica é possível ter a percepção de que nem sempre o passar dos anos é benéfico. Por vezes a sociedade acredita ter evoluído em aspectos humanitários, todavia a realidade é antagônica. A violência é presente e, pior, atualmente ultrapassa a violência física, atinge aspectos psicológicos,

colocando em dúvida a capacidade da mulher como esposa, mãe e, principalmente, como profissional.

Ainda que com defasagens, a Constituição Federal de 1988, é uma das mais revolucionárias no quesito dos direitos sociais e civis. O art. 5º, I, elenca desde o início a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, assim garantindo que perante a lei não pode haver qualquer maneira de discriminação por motivo de gênero (NÚCLEO INDISCIPLINAR DE ESTUDOS SOBRE MULHER E GÊNERO, 2018, grifo nosso):

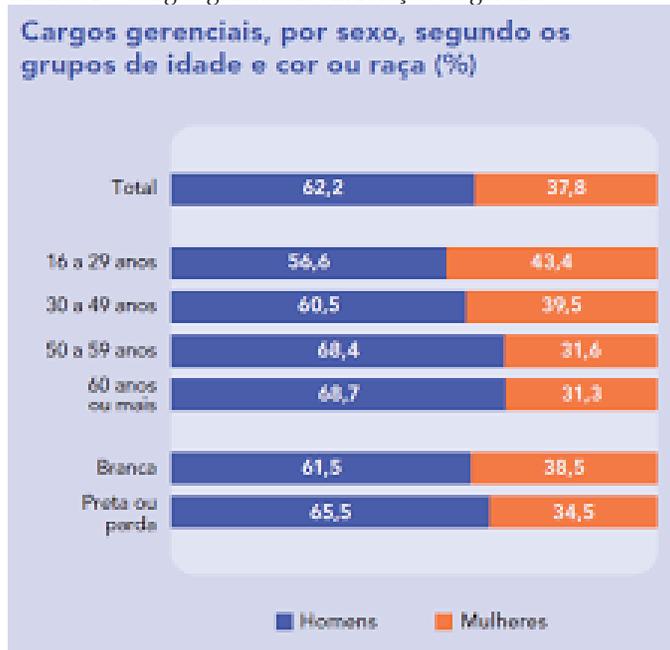
Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição [...]

Essa realidade de igualdade legal pode ser vista, no Brasil, de forma explícita no Código Civil. No casamento, por exemplo, antes ocupava um “cargo” de submissão, dever de obediência ao marido e apenas de colaboradora dos afazeres do lar; atualmente, ocupa posição isonômica, vista como cidadã de direitos e deveres em qualquer seguimento que decida. É importante perceber que inúmeras violações a dignidade da mulher como um ser humano foram retiradas da legislação que anteriormente vigorava, entretanto ainda não se equipara ao homem e existem alterações necessárias a serem realizadas (NÚCLEO INDISCIPLINAR DE ESTUDOS SOBRE MULHER E GÊNERO, 2018).

Como se pode observar no Gráfico 1, em pesquisa realizada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), no campo de trabalho é inferior o número de mulheres que ocupam o cargo de chefia, e o número é ainda menor em casos de mulheres pretas ou pardas:

Gráfico 1 – Cargos gerenciais em relação ao gênero



Fonte: IBGE (2016).

Ainda nas questões voltadas ao acesso às informações que digam respeito aos direitos intrínsecos aos seres humanos, principalmente para as mulheres, são objetos de lei (Lei n. 12. 527/11) e não é por acaso, pois ter acesso livre a estas informações é o que faz garantir que os demais direitos humanos sejam viabilizados e efetivados (PAES, 2016).

Igualmente, a violência contra a mulher é questão de saúde pública, e apesar dos avanços legalmente obtidos, o cenário ainda é assustador. Estimativas de estudos ligados à saúde mostram as diversas formas de violência, e entre as que são atendidas em hospitais do país, uma em cada cinco relata já ter sofrido alguma maneira de violência por alguém do sexo masculino (VIANA et al., 2018).

É evidente que a violência contra a mulher é um dos agravantes da desigualdade entre os gêneros. É possível perceber que é digno de preocupação

não somente no campo jurídico, o qual deve ser responsável por punir quem viola o direito e proteger os que se encontram em situação de vulnerabilidade, mas é preciso engajamento do Estado como um todo, principalmente nos setores de saúde, educação e segurança pública.

A própria legislação já traz a ideia de trabalho conjunto entre todos os serviços públicos:

Art. 8º A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes:

I – a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação [...] (BRASIL, 2006).

No que concerne aos direitos humanos, o homem é capaz de gerar autodestruição, é a busca ou estar no poder o meio mais viável para chegar à aniquilação humana. Por isso, não há conceito mais contemporâneo do que o conceito de dignidade da pessoa humana. Após períodos de guerra eminente, e percebendo a impossibilidade de não haver o “poder” de alguém na sociedade, o direito à vida digna adquire intensidade, estando este direito à vida no rol dos direitos fundamentais de primeira dimensão, a dignidade característica dos humanos neste contexto estaria então assegurada desde os primórdios (ROCHA et al., 2004).

Identifica-se que no Brasil, neste século, os direitos fundamentais ganharam enfoque aos olhos do interesse político e jurídico. Entretanto, não há apenas uma forma de abordá-los e trazê-los à prática. Estando em constante conflito, é extremamente dificultoso proporcionar, simultaneamente, à sociedade todos os direitos fundamentais assegurados na Constituição. Também não se encontra uma resposta para quais direitos devem ser primeiro assegurados, não atina um raciocínio lógico e fundamentado, tornando

mais complexo, como esses direitos serão objetos de solução de conflitos (DIMOULIS; MARTINS, 2011).

Faz-se necessário elencar que a titularidade dos direitos fundamentais no Brasil é orientada pelos princípios da dignidade humana e é assegurada em tese pela Constituição Federal de 1988, pelos princípios da isonomia e universalidade, a toda e qualquer pessoa brasileira ou residente no país, havendo algumas distinções para nacionais (SARLET, 2012).

2.2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE A EVOLUÇÃO DA ASSISTÊNCIA DA MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: LEI N. 11.340/06

A realidade histórica da mulher em relação à violência já fora anteriormente apresentada. É de conhecimento geral que este contexto de entrelaçamento dos termos mulher e violência doméstica são de longa data. Sendo assim, neste tópico se busca apresentar, de forma breve, apontamentos sobre a evolução da assistência à mulher vítima, a forma como se deu tais políticas e se estas foram realmente eficazes.

Para Souza (2009), a violência contra a mulher é um problema gravíssimo. Segundo estudos realizados para ONU, nos casos em que há altos níveis de violência será impossível realizar a erradicação senão por meio de políticas públicas muito fortes e bem estruturadas. A Lei n. 11.340/06 foi projetada ao máximo para suprir todas as formas da violência doméstica e familiar contra a mulher, ainda de forma coercitiva impôs que fosse obrigatório em todo território nacional a aplicação efetiva da referida lei e houve esforços conjuntos da União, Estados, Municípios e da sociedade.

A Lei n. 11.340/06 por vezes fora colocada à prova quanto a sua constitucionalidade, contumaz sob o aspecto do art. 226, §8º da Constituição Federal, por referir-se a proteção exclusiva à mulher e não a todos os que compõem o grupo familiar. Ocorre que diante o histórico de violência familiar especificamente contra a mulher, é que essa lei encontra seu respaldo

constitucional, pois a problemática deixara o contexto privado e tornou-se um problema público pela sua extensa dimensão (SOUZA; KUMPEL, 2007).

É preciso a percepção de que mesmo quando se trata de direitos iguais a todos somente é possível atingir esse ideal, até então utópico, por meio de ações que permitam a quem se encontra em situações de precariedade e desiguais, um tratamento “diferenciado” para que possam ser igualados aos demais. Antes da criação da Lei Maria da Penha, diversos doutrinadores e estudiosos reiteravam a necessidade da criação de lei específica para combate da violência silenciosa que ocorria no ambiente familiar contra mulheres.

Segundo Dias (2004), é cristalino o direito de igualdade na Constituição Federal, mas em diversas leis do nosso ordenamento jurídico é evidenciado o tratamento diferenciado, e isso não torna inconstitucionais tais leis, em vista disso se chama direito à equiparação. Não se pode seguir o princípio da igualdade de forma estrita, mas sim de forma a proporcionar a isonomia. As medidas diferenciadas a cada gênero justificam-se em dados, como por exemplo, no mercado de trabalho em que a mulher está menos inserida, desta forma não há como disfarçar que existe a desigualdade.

A violência doméstica tomou proporções tão dramáticas, que o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana a adotar “políticas públicas capazes de promover o enfrentamento e superação à violência contra as mulheres”. E a partir deste momento é que o legislador brasileiro juntou esforços para efetivar de maneira emergencial a concretização de tal medida. Criou-se então a Lei Maria da Penha, justamente com fulcro no Art. 226, §8º da CF/88, com intuito não apenas de combater, mas prevenir, e em casos nos quais a violência já houver ocorrido, dar suporte de maneira humanizada e digna (LIMA, 2011).

Destaca-se o art. 226, §8º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988, grifo nosso): “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa

de cada um dos que a integram, *criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.*”

3 DA CONCEITUAÇÃO E FATORES HISTÓRICOS ACERCA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

As ações afirmativas ganharam força no Estado brasileiro após a constituinte de 1988, quando os princípios basilares da Carta Magna foram alterados. Com o passar do tempo, se percebeu a necessidade de implantar políticas públicas que fossem capazes de materializar a igualdade de grupos que historicamente foram discriminados. É isto que significa ação afirmativa, podendo ser de iniciativa pública ou até mesmo privada, o seu objetivo deve visar atingir a justiça e igualdade (BENEDITO; BERTOLIN, 2013).

É partindo desta ideia de promover a igualdade na sociedade que surge a importância das ações afirmativas, e por isso é preciso identificar essas políticas. Neste estudo, o caso da Lei Maria da Penha foi uma ação proposta pelo governo para reverter a violência doméstica contra mulheres que se encontrava desamparada. As palavras de Gomes (2001) definem de forma precisa as ações afirmativas:

Consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater tão somente as manifestações flagrantes de discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade.

Os conteúdos tratados até o presente momento foram situados em seu contexto histórico e também ao seu surgimento. Neste tópico em que

se trata especialmente sobre as ações afirmativas, é essencial apresentar um breve histórico e conjuntura desta temática.

As ações afirmativas têm por objetivo principal garantir de forma igualitária o direito de algumas minorias oprimidas pela sociedade. Em vários países o ponto estrutural de todos os direitos é a dignidade da pessoa humana, entretanto são poucos os que conseguem aplicar a legislação de forma eficaz e isonômica. Por isso, nos Estados Unidos foram criadas as chamadas ações afirmativas, com o intuito de suprir as lacunas deixadas pela legislação no que diz respeito aos grupos desfavorecidos (ALMEIDA, 2011).

O escopo das ações afirmativas é deixar em evidência que é necessário que o princípio da igualdade deva ser cumprido, afinal ele é o direito que dá forma a todos os demais direitos garantidos na constituição. O sistema jurídico busca ser fortalecido e também ter uma única interpretação para todos os detentores dos direitos, pois a carta magna de 1988 é enfática em reiterar por diversas vezes que a igualdade é o que precisa alcançar (ALMEIDA, 2011).

Desta maneira, é possível observar que sempre haverá um déficit no que concerne a simples positivação de um direito à sua execução. Ora, é notório que a Constituição Federal prega a igualdade, mas é mais perceptível ainda que a sociedade não se adequa a norma positivada. Por isso é necessária a elaboração de sistemas que façam ser cumprida a norma.

Neste sentido do não cumprimento do previsto da Constituição de 1988, pergunta a Ministra do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia Antunes Rocha:

Até que ponto se tem assegurada a liberdade igual a todos, a oportunidade igual a todos numa sociedade em que os preconceitos são tão plurais e as discriminações tão frequentes como nessa em que vivemos? Pode-se asseverar verdadeiramente, sem qualquer traço de ingenuidade cômoda ou mesmo de hipocrisia mal dissimulada, que a igualdade é respeitada de modo eficiente e democrático apenas pela negação jurídica

da desigualdade formal como comportamento válido?
(ROCHA, 1996).

Além disso, o constituinte deixa evidenciada sua ideia de igualdade no art. 3º da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II – garantir o desenvolvimento nacional;
- III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ademais, resta demonstrado que o princípio da dignidade da pessoa humana, como um princípio constitucional, é a motivação para todas as medidas afirmativas por parte do Estado, sendo essencial a participação estatal para efetivação do estado democrático de direito. No Brasil é possível encontrar diversas legislações que são formas de afirmar o princípio da igualdade, um exemplo é a Lei n. 9.504/97, a qual estabeleceu um mínimo de 30% e o máximo de 70% das vagas de cada partido para candidatos de cada sexo. Entretanto, essas ações afirmativas sofrem com represália sob o argumento de que não deve nenhum grupo da sociedade ter tratamento diferenciado (OLIVIO, 2009).

No contexto jurisdicional nos Estados Unidos, o qual é o criador das ações afirmativas, tais medidas de afirmação de igualdade somente são concebidas em caso de decisão judicial, ou seja, é o poder judiciário que determina para que seja utilizado, como proceder e como aplicar a ação afirmativa com intuito de assegurar o direito que foi violado. Já no Brasil o poder judiciário é estritamente fiscalizador dos atos praticados pelos poderes Legislativo e Executivo. Desta forma, não resta ao poder judiciário, quando

define méritos onde há violação de direito das minorias, como aplicar medida específica ao caso, se ora não tiver sido criada pelos dois outros poderes do estado brasileiro (ALMEIDA, 2011).

Ainda há alguns critérios que são essenciais ações afirmativas para que possuam a natureza constitucional, são eles: inicialmente é preciso realizar a identificação do grupo desfavorecido; em seguida criar medidas que tenham caráter objetivo e razoável para a correção da desigualdade; terem sua finalidade preestabelecida e ter a durabilidade necessária para atingir o princípio da igualdade; e, por fim, a medida afirmativa não pode favorecer um determinado grupo e onerar o restante da sociedade: *“fiat justitia, pereat mundus.”* (FERREIRA FILHO, 2011).

3.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MEIO DE PROTEÇÃO À MULHER

Toda política pública nasce da necessidade específica de algum grupo da sociedade que se encontra em estado de vulnerabilidade. A margem para que fosse considerada responsabilidade do Estado em garantir que os direitos sociais, inaugurados pela constituinte de 1988, é fruto dos avanços legislativos. São pelas políticas públicas que é possível a legitimação de direitos sociais, por meio de programas, ações que visem garantir a cidadania, serviços públicos que devem ser geridos pelos governantes escolhidos pela soberania popular (KEHRIG, 2014).

Consagrou-se a partir da constituinte de 1988 o princípio da igualdade, ganhando notoriedade, principiando da ideia de que esse direito de igualdade seria advindo da garantia dos direitos individuais, neste sentido já em seu preâmbulo prevê a Carta Magna:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o

bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

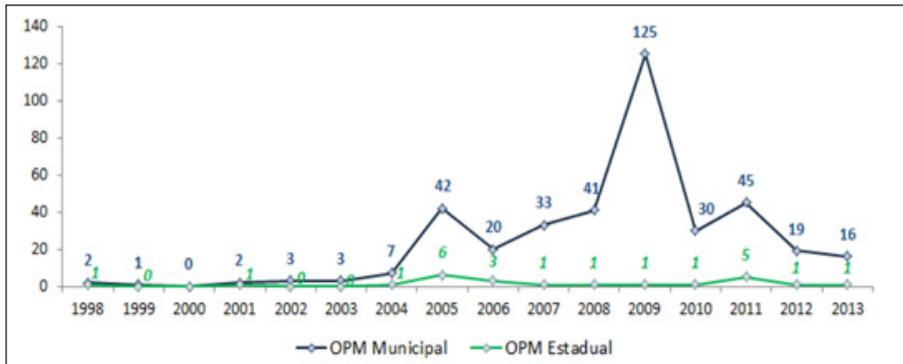
Ainda para melhor esclarecimento do significado que as políticas públicas possuem no âmbito social, afirma Teixeira (2002):

As políticas públicas visam responder a demandas, principalmente dos setores marginalizados da sociedade, considerados como vulneráveis. Essas demandas são interpretadas por aqueles que ocupam o poder, mas influenciadas por uma agenda que se cria na sociedade civil através da pressão e mobilização social. Visam ampliar e efetivar direitos de cidadania, também gestados nas lutas sociais e que passam a ser reconhecidos institucionalmente.

De encontro com o proposto neste artigo, no que atinge a esfera de enfrentamento a violência doméstica contra a mulher, no Brasil desde 2003 há a Secretária de Política para as Mulheres (SPM). Para Martins, Cerqueira e Matos (2015), membros do IPEA (*Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*), a SPM atua de forma incisiva em três frentes: a inserção igualitária no mercado de trabalho, ações voltadas à saúde, educação, cultura, igualdade de gênero, e ao enfrentamento à violência contra as mulheres. Em 2011 criou a Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, na qual buscou aperfeiçoar a aplicação da legislação e padronizar os atendimentos às vítimas. De 2013 a 2015, impôs como objetivo principal fazer com que os índices de mulheres violentadas diminuíssem de forma notória.

O Gráfico 2 demonstra as ações criadas no enfrentamento a violência contra mulher aumentaram após o ano de 2003, ano de criação da Secretária de Política para as mulheres:

Gráfico 2 – Crescimento de ações no enfrentamento a violência doméstica contra mulher



Fonte: Martins, Cerqueira e Matos (2015).

Cabe ressaltar que na Lei n. 11.340/06 o legislador foi enfático ao priorizar que fossem garantidas e fomentadas as políticas públicas no enfrentamento a mulher vítima de violência doméstica. Levou-se em consideração a gravidade da problemática e sua difícil solução, afirmou que a competência para criação de programas que efetivem a lei é conjunta entre União, Estados e Municípios e a sociedade como um todo (SOUZA, 2007).

3.2 A EVOLUÇÃO DA ASSISTÊNCIA À MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA SOB A ÓTICA DA LEI MARIA DA PENHA: SUA APLICAÇÃO PODE SER CONSIDERADA UMA AÇÃO AFIRMATIVA?

É no Art. 4º da Lei n. 11.340/06 que encontramos a intenção do Estado em promulgar esta lei como forma de medida afirmativa. Essas ações, que deveriam em seu âmago ter caráter transitório, são adotadas para acelerar o processo de igualização entre os gêneros. Sua principal motivação

é a tentativa de remediar prejuízos discriminatórios ocorridos no passado (CUNHA; PINTO, 2011). Neste sentido, destaca-se o Art. 4º da Lei n. 11.340/06: “Art. 4º Na interpretação desta Lei, serão *considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.*” (BRASIL, 2006, grifo nosso).

A etimologia da expressão violência tem origem do vocabulário latim, *violentia*, que significa ferocidade, arrebatamento, veemência; e no verbo *violare*, ultrajar, profanar, prejudicar, ferir. Esta palavra é conceituada por estudiosos do direito, da sociologia, psicologia. Neste caso vemos a explicação dada por Chauí (2003, p. 52):

A violência não é percebida ali mesmo onde se origina e ali mesmo onde se define como violência propriamente dita, isto é, como toda prática e toda ideia que reduza um sujeito à condição de coisa, que viole interior e exteriormente o ser de alguém, que perpetue relações sociais de profunda desigualdade econômica, social e cultural. Mais do que isso, a sociedade não percebe que as próprias explicações oferecidas são violentas porque está cega ao lugar efetivo da produção da violência, isto é, a estrutura da sociedade brasileira.

Neste contexto do significado da violência, a Lei n. 11.340, promulgada em agosto de 2006, foi criada em caráter de urgência, como forma de reduzir altos índices de mulheres que sofrem com violência doméstica. Ora, este tipo de violência se perpetuou por séculos e ficava escondido, fazendo com o agressor jamais fosse punido. A Lei Maria da Penha teve o intuito de quebrar paradigmas e dar voz à população feminina.

No seu preâmbulo e no artigo 1º, define as atribuições e abrangência que a lei destina-se, “coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher.” (BRASIL, 2006). Desta maneira, é necessária a percepção de que o foco é a mulher em relação ao seu âmbito familiar, independentemente de qual seja o sexo do agressor, será submetido à Lei Maria da Penha toda

violência praticada contra a mulher em seu seio familiar. Havendo violência a outro membro familiar, este ilícito será regido pelo Código de Processo Penal, reforçando então que a medida implantada em forma de lei tem fulcro na proteção contra a discriminação do gênero (SOUZA, 2007).

É preciso enfatizar que devido a um contexto historicamente patriarcal, repetidas vezes as mulheres desconhecem sua realidade, a de que estão sendo vítimas de um crime. Acreditam que muitas vezes seja um momento passageiro, e somente procuram ajuda quando os atos violentos começam a se tornar corriqueiros ou então quando ocorrem de forma brutal. Ao buscarem ajuda, ainda assim, nem sempre querem o afastamento do agressor, e é preciso que seja feito em primeiro momento a tentativa de ajudar a vítima da forma como ela solicitou, pois caso contrário a busca por ajuda pode ser reduzida cada vez mais (COMISSÃO PARA A CIDADANIA E IGUALDADE DE GÊNERO, 2016).

A partir da promulgação da Lei n. 11.340/2006 houve uma transformação, pois foi o marco inicial de quando o Poder Público se tornou responsável pela criação dos mecanismos que protegessem a mulher de sofrer violência doméstica, tendo como aliados a União, Estados e Municípios. Além disso, houve renovações no que diz respeito à denúncia de violência doméstica, podendo qualquer indivíduo denunciar para a autoridade policial, Ministério Público ou mesmo no canal dedicado ao atendimento dessas denúncias, 180 (LEITE; GUASSÚ, 2014).

Ainda, conforme retrata o VII Relatório Nacional Periódico do Brasil ao Comitê da CEDAW (BRASIL, 2011), a Lei Maria da Penha foi revolucionária na luta diária das mulheres por igualdade e ainda em afirmar o direito à dignidade humana feminina. Como forma de reafirmação da lei, foi criado também o Pacto Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, fazendo parte da Agenda Social lançada em 2007, a qual previa a realização de ações durante os quatro anos seguintes em prol do enfrentamento da violência contra a mulher.

O doutrinador Castilho (2013) afirma que o meio para atingir a igualdade entre os gêneros é somente por meio do âmbito jurídico. Salienta que o Brasil, neste sentido, se destacou, pois além de garantir o dever de ser aplicada a Convenção sobre a eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, do qual é signatário, implantou legislação própria nesse sentido (Lei Maria da Penha), e ainda foi além na criação de políticas públicas, tendo como principal exemplo a fundação de delegacias especializadas no atendimento de mulheres vítimas de violência doméstica.

Por outro lado, há autores que apontam muitos déficits na lei, como o doutrinador Souza Nucci (2015), que em sua obra discorre sobre a forma que foi redigida, empregando termos equivocados que tornam difícil a aplicação. Destaca que a norma é muito ampla, usando conceitos de que qualquer ação ou omissão que cause danos ao gênero feminino é digna de agravamento do ilícito. Entretanto, não pode ser interpretado de forma literal, pois caso contrário estaria ferindo o princípio constitucional da igualdade dos sexos.

Pertinente se faz enfatizar o conteúdo em que a Lei n. 11.340/06 foi promulgada, pois como já supramencionado o caso Maria da Penha, motivador da lei, teve que recorrer a instâncias internacionais para conseguir ter sua integridade devolvida após anos sendo violentada. Neste sentido, a OEA (*Organização dos Estados Americanos*), após a condenação do Brasil por não possuir políticas que fossem eficazes, fez recomendação para que o Estado brasileiro adotasse medidas que inibissem a violência contra as mulheres no âmbito doméstico. Neste sentido, em resposta a OEA e também à pressão social que gerou, foi criada a Lei Maria da Penha, pretendendo em uma única vez abarcar diversas políticas e diretrizes para sanar a problemática (MARTINS; CERQUEIRA; MATOS, 2015).

Diante do que se expõe, é preciso demonstrar que a Lei Maria da Penha tem caráter afirmativo, pois como previsto na Constituição Federal em seu Art. 5º, §3º: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em

dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” (BRASIL, 1988).

Neste sentido, segundo Olivo (2009), a promulgação de Leis como a Lei Maria da Penha, faz com que o Estado verifique que há evidente segregação da mulher na sociedade. Desta forma, a natureza de ação afirmativa existe, pois tenta assegurar o direito de igualdade à minoria vulnerável. Ainda, levando-se em consideração que anterior a Lei Maria da Penha, o Estado brasileiro é signatário de convenções internacionais neste mesmo sentido, que por sua vez possuíam força de lei (Convenção da Organização das Nações Unidas sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, ratificada em 1984 e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, ratificada em 1995).

Estudos realizados pelo Senado Federal (2016) apontam uma realidade longe da igualdade:

No Brasil, os últimos anos foram marcados por importantes iniciativas governamentais, especialmente no campo legislativo, para enfrentar o problema da violência contra as mulheres. Contudo, no ano em que a Lei Maria da Penha completa dez anos de vigência, pouco há para ser comemorado e muito para ser feito.

Pesquisa realizada pelo Instituto DataSenado, indica que, em 2015, 18% das mulheres entrevistadas afirmaram já terem sido vítimas de algum tipo de violência doméstica, seja ela física, sexual, psicológica, moral ou patrimonial. E, de acordo com o Mapa da Violência 2015 – Homicídio de Mulheres¹ no Brasil, a taxa de homicídios de mulheres no país entre os anos de 2006 e 2013, aumentou em 12,5%, chegando a 4,8 vítimas de homicídio em cada 100 mil mulheres. Somente em 2013 foram registrados 4.762 homicídios de mulheres no ano, ou 13 assassinatos por dia, em média.

Para finalizar esta reflexão, embora a lei tenha adquirido boa aceitação pela sociedade e que os doutrinadores, em sua maioria, afirmam sua total constitucionalidade, tendo como premissa que a mulher é vulnerável

perante a coletividade e na busca por reparar uma segregação histórica. Para Castilho (2013), o retrato atual é motivado pela falta de fomento em realmente ser efetivada a legislação. Ora por falta de serviços sociais, e ainda mais complexa a falta de tentativa de mudança cultural, na qual homens não fazem questão pela mudança, ressaltando a governança majoritária pelo sexo masculino e ainda a falta de empatia entre as próprias mulheres.

3.3 A LEI N. 11.340/06 NO ASPECTO PENAL E A AÇÃO AFIRMATIVA

A Lei Maria da Penha trouxe peculiaridades no que diz respeito ao âmbito penal, todos no sentido de corroborar com a premissa de que é necessário alcançar, de alguma forma, a igualdade. As medidas que a legislação traz por vezes foram colocadas à prova por alguns doutrinadores considerá-las inconstitucionais, mas atualmente esse tema foi superado e a legislação, no que concerne à violência doméstica contra a mulher, se encontra em constante aperfeiçoamento.

Neste tópico, de forma muito breve, serão apontadas algumas das inovações no âmbito penal trazidas pela Lei n. 11.340/06. Em observação ao referido tema, Olivo (2009) destaca:

Das mudanças procedimentais trazidas pela lei, a principal delas é a desnecessidade de representação para deflagração da ação penal no crime de lesões corporais de natureza leve. Destarte, o Ministério Público tem a titularidade para propô-la, ainda que não haja a representação da vítima, ou seja, a ação penal passa a ser pública incondicionada.

Assim, acompanhou a decisão do Supremo Tribunal Federal, na decisão da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 4.424, e neste sentido destaca trecho do voto do Relator, o Ministro Marco Aurélio:

Consigno, mais uma vez, que o Tribunal, no julgamento do Habeas Corpus n. 106.212/MS, declarou a constitucionalidade do artigo 41 da Lei n. 11.340/06 no que afasta a aplicação da n. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995 – Lei dos Juizados Especiais –, relativamente aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista para o tipo. E, no tocante aos crimes de lesão leve e de lesão culposa, a natureza condicionada da ação penal foi introduzida pelo artigo 88 da Lei n. 9.099/95. Logo, a declaração, como já ocorreu, da constitucionalidade do artigo 41 da Lei n. 11.340/06, a estampar a não incidência da citada lei, afasta a previsão de que a ação relativa ao crime do artigo 129 do Código Penal é pública condicionada, mas, já agora em processo objetivo – cuja decisão irradia-se extramuros processuais –, para expungir quaisquer dúvidas, resta emprestar interpretação conforme à Carta da República aos artigos 12, inciso I, e 16 da Lei n. 11.340/2006, *para assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, pouco importando a extensão dessa última*. É como voto na espécie. (BRASIL, 2012, grifo nosso).

Desta forma, a Lei n. 11.340/06 traz essas peculiaridades em seu texto, justamente para tentar o processo de igualização mais rápido, sob a ótica precária que se encontrava a situação de não haver políticas de enfrentamento à violência doméstica contra as mulheres. Os arts. 12, 16 e 41 causaram polêmica, tendo em vista que o primeiro traz uma alteração na forma de atendimento à vítima. O segundo artigo citado traz leitura contrária ao que prevê o art. 25 do Código de Processo Penal, causando estranhezas. E, por fim, o terceiro artigo mencionado, por sua vez, elimina a possibilidade de aplicar a Lei n. 9.099/95 nos crimes da natureza da Lei Maria da Penha. Vide os artigos (BRASIL, 2006):

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

I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;

II - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias;

III - remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência;

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

V - ouvir o agressor e as testemunhas;

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

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

§ 1º O pedido da ofendida será tomado a termo pela autoridade policial e deverá conter:

I - qualificação da ofendida e do agressor;

II - nome e idade dos dependentes;

III - descrição sucinta do fato e das medidas protetivas solicitadas pela ofendida.

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

É preciso enfatizar, finalmente, que a lei 11.340/06 goza de constitucionalidade, e que todas as suas medidas foram uma forma de tentar proporcionar efetividade aos casos de violência doméstica contra a mulher com fulcro na dignidade da pessoa humana, levando em consideração que os casos de violência já não eram mais sanados pela legislação então existente. A falta de recursos jurídicos tornava as penalidades banais e sem efetividade, e neste sentido a Lei Maria da Penha veio para propiciar

avanços na sociedade e principalmente na consolidação da igualdade de gêneros (SOUZA; KUMPEL, 2007).

4 CONCLUSÃO

A questão cultural é dificilmente alterada em uma sociedade, além do mais se fala em milênios onde a mulher sempre foi figura submissa ao homem. Na realidade ainda hoje a sociedade é extremamente dominada pelo estigma do patriarcado. Não sendo possível negar que houve evoluções, no aspecto em que a mulher buscou ter direitos iguais, desde ser considerada uma cidadã a condições de vida digna e de trabalho.

Também, é preciso ter em mente que os estudos da legislação que ampara a mulher vítima de violência doméstica vão além de reverter uma questão cultural, mas também buscam pelo direito da dignidade humana e, principalmente, consolidar os princípios da igualdade a todos, prevista desde a constituinte de 1988.

Para que fosse possível ocorrer melhorias na situação desalinhada da violência doméstica contra as mulheres, fato que até então possuía amparo inoperante na legislação e ficava silenciado no interior dos lares, o Estado brasileiro se viu obrigado a criar medida para tentar transfigurar a situação.

É necessário ressaltar que ações afirmativas são medidas adotadas pelos governantes ou mesmo na iniciativa privada para enfatizar o direito de igualdade de uma parcela da sociedade exposta. Essa exposição refere-se à incapacidade de ter sua dignidade garantida pela legislação existente.

Diante a ocorrência do caso da Sra. Maria da Penha Maia Fernandes, o Brasil se viu obrigado, pela pressão impostas de comitês internacionais de proteção aos direitos humanos, a criar meios para tentar tornar real a igualdade de gêneros que fora positivada na constituição.

Até o momento da promulgação da Lei Maria da Penha, diversas outras medidas haviam sido editadas, entretanto nenhuma com tanto vigor

quanto esta. O Brasil, que foi considerado uma país atrasado em relação às políticas de enfrentamento à violência doméstica contra a mulher, hoje é considerado revolucionário, pois a Lei n. 11.340/06 é um sistema jurídico que prevê diversas formas do combate e prevenção desta tipologia de violência.

Desta forma, após analisar o significado que tem uma ação afirmativa, a tentativa de corrigir uma injustiça ocorrida no passar dos séculos, consubstancialmente com fundamento nas mazelas sociais, caracteriza-se a Lei Maria da Penha como uma ação afirmativa, sendo a forma de política pública elegida pelo governo no enfrentamento à violência doméstica contra a mulher.

Por fim, neste ano a Lei Maria da Penha foi celebrada por completar 13 anos de vigência, e embora possua um caráter de ação afirmativa, sua aplicabilidade é questionável, levando-se em consideração os recentes estudos que apontam que os índices da violência doméstica não reduziram, e não há atualmente meios que possam fazer alterar a presente realidade, pois a mera positivação de um direito não é suficiente para efetivação da igualdade dos gêneros.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, L. D. R. de. *Ações Afirmativas e a Concretização do Princípio da Igualdade no Direito Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BENEDITO, A.; BERTOLIN, P. T. M. Políticas Públicas para Efetivação da Igualdade. In: SMANIO, G. P.; BERTOLIN, P. T. M. (org.). *O Direito e as Políticas Públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 371-404.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 8 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 17 set. 2019.

BRASIL. *VII Relatório Brasileiro da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a mulher*. Brasília, DF: SPM, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade 4.424 DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 9 fev. 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginados.jsp?docTP=TP&docID=6393143>. Acesso em: 17 set. 2019.

CAMPOS, A. H.; CORRÊA, L. R. *Direitos Humanos das Mulheres*. Curitiba: Juruá, 2009.

CASTILHO, R. *Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHAUÍ, M. Ética, política e violência. In: CAMACHO, T. (ed.). *Ensaios sobre violência*. Vitória: Edufes, 2003. p. 39-59.

COMISSÃO PARA A CIDADANIA E IGUALDADE DE GÊNERO. *Violência Doméstica: implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenômeno*. [S. l.]: Centro de Estudos Judiciários, 2016. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/Violencia-Domestica-CEJ_p02_rev2c-EBOOK_ver_final.pdf. Acesso em: 17 set. 2019.

CUNHA, R. S.; PINTO, R. B. *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha Comentada artigo por artigo*. 3. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, M. B. *Conversando sobre a mulher e seus direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DIMOULIS, D.; MARTINS, L. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. rev., atual. e apl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERREIRA FILHO, M. G. *Direitos Humanos Fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, J. B. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Estatísticas de Gênero: Indicadores sociais das mulheres no Brasil. *Estudos e Pesquisas – Informação Demográfica e Socioeconômica*, [s. l.], n. 38, p. 1-12, 2016. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf. Acesso em: 5 ago. 2019.

KEHRIG, R. T. As políticas públicas. In: KEHRIG, R. T. et al. *Políticas Públicas*. 5. ed. Palhoça: Unisul Virtual, 2014. cap. 2, p. 39-60.

LEITE, K. B.; GUASSÚ, R. A. de O. Lei Maria da Penha: uma evolução histórica. *Migalhas*, [s. l.], 3 abr. 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI198444,81042-Lei+Maria+da+Penha+uma+evolucao+historica>. Acesso em: 5 ago. 2019.

LIMA, A. da F. *Ações Afirmativas como Instrumento de Proteção do Gênero Feminino: Lei “Maria da Penha”*. 2011. 112 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Marília, 2011. Disponível em: https://www.univem.edu.br/servico/aplicativos/mestrado_dir/dissertacoes/A%C3%87%C3%95ES_AFIRMATIVAS_COMO_INSTRUMENTO_DE_PROTE%C3%87%C3%83O_DO_G%C3%8ANERO_F_1276_pt.pdf. Acesso em: 17 jun. 2019.

MARTINS, A. P. A.; CERQUEIRA, D.; MATOS, M. V. M. *A institucionalização das políticas públicas de enfrentamento à violência contra mulheres no Brasil*. Brasília, DF: IPEA, 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/a-institucionalizacao-das-politicas-publicas-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres-no-brasil>. Acesso em: 16 set. 2019.

NUCCI, G. de S. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NÚCLEO INDISCIPLINAR DE ESTUDOS SOBRE MULHER E GÊNERO. Direito das Mulheres. 2018. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/nucleomulher/quemsomos.php#foco>. Acesso em: 28 out. 2018.

OLIVO, B. R. *As ações afirmativas no combate à violência contra a mulher - uma análise da constitucionalidade da Lei Maria da Penha*. 2009. 70 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33768-44072-1-PB.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2019.

PAES, B. *Acesso à informação e direito das mulheres*. São Paulo: Article 19, 2016. Disponível em: <http://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2016/12/Acesso-%C3%A0-Informa%C3%A7%C3%A3o-e-Direitos-das-Mulheres.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2018.

ROCHA, C. L. A. Ação Afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista da Informação Legislativa*, [s. l.], v. 33, n. 131, jul./set. 1996.

ROCHA, C. L. A. *et al.* *O Direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SENADO FEDERAL. *Panorama da violência contra as mulheres no Brasil: indicadores nacionais e estaduais*. Brasília, DF: Observatório da Mulher contra a Violência, 2016. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/institucional/datasenado/omv/indicadores/relatorios/BR.pdf>. Acesso em: 13 set. 2019.

SOUZA, L. A. de; KUMPEL, V. F. *Violência doméstica e familiar contra mulher Lei 11.340/2006*. São Paulo: Método, 2007.

SOUZA, S. R. de. *Comentários à Lei de Combate à Violência Contra a Mulher: Lei Maria da Penha 11.340/06*. Curitiba: Juruá, 2007.

SOUZA, S. R. de. *Comentários à Lei de Combate à Violência Contra a Mulher: Lei Maria da Penha 11.340/06*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

TEIXEIRA, E. C. *O Papel das Políticas Públicas no Desenvolvimento Local e na Transformação da Realidade*. Salvador: AATR-BA, 2002. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a_pdf/03_aatr_pp_papel.pdf. Acesso em: 16 set. 2019.

VIANA, A. L. *et al. Violência Contra Mulher*. 2018. Disponível em: <http://file:///C:/Users/Samsung/Downloads/110273-110221-1-PB.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2018.

A GARANTIA DA DIGNIDADE HUMANA NAS DECISÕES DE FIM DE VIDA

Ana Luísa Flores Salles¹
Cristhian Magnus De Marco²

Resumo: O presente trabalho visa fazer uma análise acerca da garantia da dignidade humana no final da vida, diante da omissão do Legislativo brasileiro em relação à regulamentação da eutanásia. Diferentemente do Brasil, alguns países, como Canadá, e Estados Unidos – em alguns estados – possuem legislação que trata do tema, autorizando o procedimento em situações específicas. Diante da falta de harmonia de tratamento nos três países estudados, foram propostos questionamentos em relação ao nível de garantia da dignidade humana diante da autorização da eutanásia e diante da omissão/criminalização desta. Para responder ao problema de pesquisa, inicialmente, foram explanados conceitos relativos à dignidade humana, à eutanásia, ao suicídio assistido, e às diretivas antecipadas de vontade. Em seguida, houve breve descrição da legislação sobre eutanásia dos países supracitados. Por meio dos métodos dedutivo e comparativo, buscou-se analisar as implicações da omissão legislativa, somada à criminalização de qualquer ação de encerramento forçado da vida humana – por meio dos artigos 121 e 122 do Decreto n. 2.848/40 – na garantia do princípio constitucional da dignidade humana. Ainda, tentou-se verificar os possíveis efeitos da autorização da eutanásia no Brasil. Os resultados da pesquisa indicaram que, a princípio, nos países estudados em que há autorização da eutanásia, há plenitude da dignidade humana nas decisões de encerramento da vida. Por outro lado, o Brasil, ainda que crie possibilidades alternativas de autonomia ao final da vida, ainda não é capaz de garantir a plenitude da dignidade humana nas decisões de fim de vida. Concluiu-se, portanto, que é necessário buscar uma alternativa inspirada no direito de países que já

¹ Graduanda no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

² Professor e Pesquisador na Graduação em Direito e no Programa de Pós-graduação da Universidade do Oeste de Santa Catarina (PPGD) – Mestrado e Doutorado; Líder do Grupo de Pesquisa: Direitos Fundamentais Sociais e Desenvolvimento Sustentável: Teorias do Direito e Políticas Públicas.

regulamentam a eutanásia, visando afirmar a dignidade humana do início, até o final da vida.

Palavras-chave: Dignidade Humana. Eutanásia. Suicídio Assistido. Legislação. Internacional. Brasil. Omissão.

1 INTRODUÇÃO

A garantia de uma vida digna ao ser humano é direito basilar, previsto em diversos normativos importantes, como a Declaração Universal de Direitos Humanos, além de ser fundamento da República Federativa do Brasil, conforme previsão do artigo 1º da Constituição Federal de 1988. Apesar da expectativa de vida ter aumentado a cada ano, até o presente momento não foi criada tecnologia suficiente para vencer a única certeza que todo ser humano tem desde o nascer: a morte.

Diante da impossibilidade de ser imortal, cabe à sociedade discutir sobre a garantia da mesma dignidade no momento de morte. Mesmo que pareça uma discussão antiga, não se chegou, ao menos no Brasil, à criação de uma norma que proteja e dê autonomia àqueles que desejam encerrar a própria vida de forma ativa, motivo pelo qual a temática merece ainda atenção.

Em alguns países, como nos Estados Unidos e no Canadá, a população compreendeu que o ser humano deve ser tratado com dignidade desde seu nascimento até o fim da vida. Diante disso, os países criaram, há mais de dez anos, normas jurídicas capazes de autorizar que terceiros encerrem, de maneira ativa, o sofrimento daqueles que assim o quiserem, ou que os próprios pacientes o façam.

Ante a diferença de tratamento dado ao encerramento ativo da vida, pelo Brasil e os demais países citados, surgiu a intenção de analisar, por meio do método comparativo, se a legislação brasileira relativa ao encerramento forçado de vida é capaz de garantir a dignidade humana.

Para encontrar uma conclusão para o problema de pesquisa, necessitou-se inicialmente explicar brevemente conceitos relativos ao

trabalho, como a dignidade humana, o direito à vida e as diferentes formas de decisões de fim de vida. Visando entender como os diferentes países abordam o tema, foi apresentada a legislação sobre as decisões de fim de vida ou a criminalização do encerramento forçado da vida de alguém, a pedido. Os países escolhidos, Estados Unidos e Canadá, foram decididos pela afinidade da autora com a língua inglesa, e o acesso mais aberto às normas desses locais. Verificou-se que nos Estados Unidos, apesar de não existir a autorização à prática da eutanásia, é possível o suicídio assistido, em hipóteses específicas, para pacientes em estado terminal. No Canadá, por outro lado, infere-se que a legislação permite a eutanásia e o suicídio assistido, também em casos restritos, em que os pacientes estão apenas protelando a morte.

Por fim, tendo por base o pressuposto da autonomia do ser humano, e com a utilização do método comparativo, analisando as normas do estado de Oregon, nos Estados Unidos, do Canadá, e o que existe (ou deixa de existir) no Brasil, concluiu-se a respeito do nível de garantia da dignidade humana nas decisões de fim de vida nos países estudados.

2 DIGNIDADE HUMANA E DETERMINAÇÕES PESSOAIS SOBRE O FIM DA VIDA

O tópico visa relacionar as escolhas pessoais relativas ao final da vida à garantia da dignidade humana. Para tanto, faz uma explicação, de maneira breve, sobre os conceitos de dignidade humana, direito à vida, autonomia de vontade e determinações pessoais sobre o fim da vida.

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DIGNIDADE HUMANA

Dallari (2004, p. 9-13), destaca que o ser humano deve estar acima de qualquer valor, sendo, portanto, o bem mais precioso da sociedade. Diante disso, houve ao longo da história o aumento da importância de direitos fundamentais, sem os quais não há possibilidade de viver de maneira plena.

Esses direitos são baseados em necessidades que são iguais a todos os seres humanos, as quais devem ser integralmente atendidas, garantindo dignidade a qualquer pessoa.

A justificação moral dos direitos fundamentais é formalizada pela dignidade humana. Este conceito axiológico migrou da Filosofia para o âmbito do Direito no final do século XX, tornando-se um conceito jurídico. Sua concretização passou de tarefa específica do Poder Legislativo para obrigação de todos os poderes de um Estado. Foi transformado em um dos principais fundamentos de Estados democráticos (BARROSO, 2010, p. 9-10).

A pessoa humana, não é formada apenas de matéria, mas possui também inteligência e consciência, motivo pelo qual possui algo que a coloca acima de todas as coisas naturais. A dignidade do ser humano deve ser respeitada em todos os momentos, lugares e de forma isonômica (DALLARI, 2004, p. 15). Apesar da grande importância do conceito, a preocupação com a garantia da dignidade humana é recente, tendo em vista que o direito moderno de proteção aos povos era restrito às relações entre Estados. A mudança em relação à garantia de direitos humanos iniciou-se após a Segunda Guerra Mundial, devido a “experiências internacionais de agressão”, como exemplo o genocídio praticado pelo comando de Adolf Hitler (BIELEFELDT, 2000, p. 13).

Descartes (apud SÁ, 2001, p. 25-28) inaugurou o racionalismo moderno, momento em que o homem torna-se o centro das questões. O pensamento do autor separava o ser humano da razão, mas assegurava que ambos habitam os seres humanos. Com o novo pensamento, surgiu o homem moderno, o qual dava grande valor à liberdade, e se tornou sujeito de direitos, além de autor das normas.

A partir do século XX, a dignidade se tornou um objetivo jurídico, não sendo apenas parte de uma ideia filosófica, política ou religiosa, por meio do surgimento de uma cultura pós-positivista, que relacionou o Direito com as filosofias moral e política, além da inserção da dignidade da pessoa humana em inúmeros documentos internacionais (BARROSO, 2010, p. 4).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela ONU no ano de 1948, reconheceu a dignidade como direito inerente a todo ser humano. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 previu, no rol de princípios fundamentais, em seu artigo 1º, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado. O conceito, portanto, é elevado a fundamento essencial para a existência do Estado.

A dignidade humana deve ser garantida desde o início da existência do homem. O Código Civil (BRASIL, 2002) garante que a personalidade civil, a partir da qual o ser torna-se sujeito de direito, inicia com o nascimento com vida. Portanto, é perceptível que a dignidade humana inicia juntamente com o começo da vida, e presume-se encerrada com a morte.

2.2 DIREITO À VIDA

A conceituação do direito à vida faz-se necessária ao presente trabalho, pela importância do direito para o ordenamento jurídico e para o ser humano, e ao mesmo tempo é valiosa a integração deste ao conceito de dignidade humana, de forma a gerar reflexão acerca da busca incessante pela garantia da vida em detrimento à dignidade humana.

A vida é um valor inerente ao ser humano. Devido ao caráter associativo das pessoas, a vida é tida como valor, e ao longo dos anos, se tornou um valor jurídico, formalizado em documentos legais, como Constituições e Declarações (SÁ, 2001, p. 51-52).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo III, assim como a Constituição Federal de 1988, no caput do artigo 5º, garante a todos os seres humanos o direito fundamental à vida.

O direito à vida deve abranger não apenas viver, mas ter uma vida digna, em que seus demais direitos fundamentais possam ser usufruídos. O direito à vida não significa ter vida apenas no sentido biológico, mas na acepção mais abrangente possível, tendo em vista a riqueza significativa

do conceito, a vida é um valor inerente à condição humana, e diante disso, é fundamental para a humanidade o respeito “à origem à conservação e à extinção” da vida humana (DALLARI, 1998, p. 231).

Para Dworkin (2003, p. 252), a medicina tem tecnologia suficiente para manter vivas pessoas que não mais vivem, apenas sobrevivem. E há pessoas que não desejam prolongar a vida por meio de aparelhos, que não desejam prolongar sua estada na terra por meios artificiais. Isso assusta a todos, e ao mesmo tempo revela a importância de decisões que devem ser tomadas com antecedência, para garantir a dignidade nos futuros tratamentos.

Sá (2001, p. 53-54), numa visão no mesmo sentido da de Dworkin, alega que há pacientes em UTIs, que receberam “alta médica”, o que significa que jamais sairão do leito hospitalar, sendo necessário que tenham companhia de enfermeiros o dia todo, recebendo alimentação por meio de sondas, por exemplo. A autora indaga se pessoas que vivem nessas situações possuem uma vida digna, ou apenas sobrevivem.

Apesar de existir preocupação com a vida, deve-se relacionar a dignidade humana também ao mínimo existencial, às condições mínimas que devem existir para garantir uma vida digna ao homem (TORRES, 1999, p. 141). Não se pode apenas valorar a dimensão biológica da vida humana e negligenciar a qualidade de vida do ser humano. Não basta, ao ser humano, a garantia de sobrevivência, é necessário que sua vida seja digna, com exercício de seus direitos fundamentais (SÁ, 2001, p. 59).

Cabe a reflexão acerca da preservação da vida. Até que momento a vida deve ser preservada? Quando não existe mais dignidade na vida de alguém, deve o Estado, proibir o encerramento antecipado dessa vida? Deve o Estado tratar como homicida o médico que, a pedido do paciente, antecipa a morte deste? Deve-se postergar a morte de alguém que sofre constantemente com dores, de alguém que não vê outra saída para encerrar o sofrimento, a não ser a morte?

2.3 MORTE

A morte acompanha todos os seres vivos, sendo a única certeza que todo ser humano tem. Para morrer, basta estar vivo. Gilberto Gil, na canção “Não tenho medo da morte”, faz uma diferenciação entre a morte e o morrer, sendo este o motivo de medo: “a morte já é depois que eu deixar de respirar, morrer ainda é aqui na vida, no sol, no ar, ainda pode haver dor ou vontade de mijar”.

Apesar de ser uma certeza a todos, ninguém sabe efetivamente como é a morte; não se sabe o que vem depois dela, ou o que ela causa a nosso corpo e à nossa mente. As diferentes religiões e crenças dão diferentes consequências à morte, e criam diferentes concepções sobre o que ocorre com a consciência, a alma, o espírito após a morte.

A morte, conforme argumenta Sá (2001, p. 98), não é apenas evento biológico, mas também evento moral e religioso. Diante disso, os diferentes grupos dão diferentes significados à morte, e com isso, a dignidade no momento de morrer deve ser amoldada às visões de cada tribo.

Husemann (2005, p. 43) explica que associamos a morte a um adormecer, cremos que com ela desaparecerá nossa consciência, e, portanto, nosso sofrimento, motivo que atrai os que estão sofrendo, ao suicídio. Diferentemente do que cremos, o autor afirma que a morte em verdade é um despertar, visto que no momento da morte a consciência não adormece, mas se torna livre do corpo.

O Brasil, tendo em vista a laicidade estatal, possui um conceito biológico de morte, previsto na Resolução n. 2.173, de 2017. Para que um indivíduo seja declarado morto, deve ter sido constatada a morte encefálica, e posteriormente emitida a declaração de óbito.

2.4 EUTANÁSIA, SUICÍDIO ASSISTIDO, DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E CUIDADOS PALIATIVOS

O termo eutanásia derivou do grego, e pode ser traduzido como “boa morte”. Nos dias atuais, a eutanásia significa uma ação médica que tem por fim abreviar a vida de pessoas em estado terminal, com o consentimento destas. Deve ser entendida como a conduta ativa ou omissiva do médico, que leva o paciente à morte (SÁ, 2001, p. 66-67).

Na primeira classificação doutrinária eutanásia natural e provocada são conceitos desiguais. Sendo classificada como uma boa morte, ou morte sem sofrimento, a diferença entre os tipos de eutanásia residiria no fato de que a primeira ocorre sem intervenção humana, enquanto a outra implicaria o emprego de mãos humanas para abreviar a vida (CARVALHO, 2001, p. 17-18).

Outra classificação doutrinária da eutanásia diz respeito a atitude tomada durante o curso vital, podendo ser solutiva ou resolutive. A primeira tem como característica o auxílio a uma morte sem sofrimento, mas não abreviando a vida do paciente. Já a eutanásia resolutive, que pode ser classificada em resolutive, eugênica e econômica, implica na abreviação do curso vital (CARVALHO, 2001, p. 18).

A eutanásia libertadora tem como motivo principal a humanidade. Nela a intenção principal é aliviar o sofrimento de pacientes em situação de extrema dor. O motivo determinante desse tipo de eutanásia parece ser a piedade, visto que o agente ativo, ao testemunhar tamanho sofrimento, visando encerrá-lo, põe fim a vida do enfermo. Cumpre ressaltar que os outros dois tipos de eutanásia resolutive – eugênica e econômica – são baseadas em preconceitos, não devendo ser consideradas hipóteses legítimas de eutanásia (CARVALHO, 2001, p. 18-22).

Faz-se necessário distinguir a eutanásia do homicídio praticado por compaixão. Diferentemente da forma tratada pela legislação brasileira, há, na visão de alguns autores, diferença entre a eutanásia ativa, praticada

por um médico, com técnica suficiente para que a morte seja sem sofrimento. Um leigo seria incapaz de praticar a eutanásia, podendo apenas cometer o homicídio piedoso (RODRIGUES, 1999, p. 52).

Além da eutanásia, há outra possibilidade de encerramento forçado da vida previsto na legislação de alguns países. Na Suíça, por exemplo, há a possibilidade de um paciente com doença incurável, que tenha certeza de sua morte, cometer o chamado “suicídio assistido”.

Ribeiro (1998) alega que o suicídio assistido, apesar de ser próximo da eutanásia, não é equivalente a ela. Enquanto a eutanásia depende da ação ou omissão do médico, no suicídio assistido, o paciente ativamente dá fim a própria vida, recebendo apenas orientação, ou auxílio do médico.

A eutanásia e o suicídio assistido são equivalentes em alguns sentidos. Ambos são motivados pela piedade, pela valorização da dignidade humana em relação ao direito à vida. A diferença essencial entre os institutos reside nas mãos que os praticam. Em um deles, o paciente, de forma ativa, e apenas com assistência do médico, retira a própria vida, enquanto no outro, o médico ativamente causa a morte do paciente (CARVALHO, 2001, p. 31).

Aqueles que defendem a eutanásia, afirmam que a realização da eutanásia garante autonomia do paciente, visto que este pode escolher como e quando dar fim a vida. Os pacientes que ainda estão conscientes devem poder planejar a própria morte, e contar com a assistência de médicos (DWORKIN, 2003, p. 268).

Ao contrário da eutanásia, e do suicídio assistido, que visam abreviar a vida dos pacientes, a distanásia visa prolongá-la ao máximo possível. Consiste em protelar o processo de falecimento de pacientes em estágio terminal, muitas vezes submetendo-os a grande sofrimento. Trata-se do uso de meios imoderados visando apenas a continuação do processo de morte dos seres humanos (CARVALHO, 2001, p. 25).

Visando evitar a distanásia, países têm criado a possibilidade da formalização de diretivas antecipadas de vontade. O termo corresponde à

possibilidade de o paciente deixar registrado, suas intenções de tratamento, os cuidados possíveis e os procedimentos que serão aceitos por ele. No Brasil, o Conselho Federal de Medicina regulamentou as diretrizes antecipadas de vontade por meio da resolução 1995/2012. O artigo 2º da Resolução do CFM prevê que “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).

Nesses casos, a vontade do paciente deve sobressair às vontades dos familiares e pacientes. Cumpre ressaltar, que o paciente pode se recusar a receber determinado tratamento, entretanto, não possui autorização do Estado para solicitar que o médico lhe abrevie a vida, ou para que ele mesmo, apenas com o auxílio médico, possa dar fim ao sofrimento. Nesse sentido reside a diferença entre as formas de encerramento forçado da vida, e as possibilidades criadas para que pacientes tenham maior autonomia sobre a própria morte.

Os cuidados paliativos, diferente dos demais institutos aqui citados, consistem na criação de formas de amenizar a dor dos pacientes, de preparar os pacientes e a família deles espiritual e psicologicamente, e aumentar a qualidade de vida que resta àqueles que estão sofrendo no final da vida.

Conforme site do Ministério da Saúde são princípios dos cuidados paliativos: promover o alívio da dor, afirmar a vida e reconhecer a morte como processo natural, não antecipar ou adiar a morte, integrar as partes psicológicas e espirituais como parte de cuidados, oferecer suporte ao paciente e à família dele para o enfrentamento do final da vida.

A Portaria n. 19, de 2002, do SUS instituiu no Brasil o Programa Nacional de Assistência à Dor e Cuidados Paliativos. Tendo em vista o índice de pacientes que sofrem com dores crônicas no Brasil, previu a portaria dentre seus objetivos, o de:

[...] e – desenvolver diretrizes assistenciais nacionais, devidamente adaptadas/adequadas à realidade brasileira, de modo a oferecer cuidados adequados a pacientes com dor e/ou sintomas relacionados a doenças fora de alcance curativo e em conformidade com as diretrizes internacionalmente preconizadas pelos órgãos de saúde e sociedades envolvidas com a matéria.

Nota-se que o instituto que possui ampla regulamentação e incentivo no Brasil é o dos cuidados paliativos. Desde 2002 o país se empenha em inserir no âmbito médico a possibilidade de alívio aos pacientes em sofrimento. Ainda, há sete anos o país, ao verificar a necessidade de autonomia dos pacientes em estado terminal, possibilitou, por meio da resolução supracitada do Conselho Federal de Medicina, a criação de diretrizes antecipadas de vontade, por meio de testamento vital (cumpre ressaltar que até o presente momento não houve publicação de norma que regulamente a forma do testamento).

2.5 LIBERDADE

A Constituição Federal de 1988 conceitua como um dos direitos fundamentais a liberdade do ser humano. Liberdade nessa seara não significa apenas o direito de ir e vir, é mais abrangente, consubstanciando a autonomia de vontade que deve ser garantida a todo ser humano. Cumpre ressaltar que assim como o direito à vida, o direito à liberdade/autonomia não é absoluto, e havendo conflito entre ambos, deve-se decidir com base na ponderação.

A autonomia plena de vontade no Brasil, conforme previsão no artigo 5º do Código Civil inicia aos dezoito anos, momento em que, ao menos em tese, o ser humano possui capacidade total de assumir os atos da vida civil.

A liberdade consiste no agir por si, na possibilidade de autodeterminação, na existência da decisão do indivíduo. Sá (2001, p. 88-89) sustenta que existem dois modos de liberdade, a “natural” e a “absoluta do espírito”. A primeira tem relação com os instintos naturais do ser humano,

enquanto a outra, que aqui nos interessa, se desenvolve pela lógica, pela ideia do ser humano. É essa segunda que fundamenta a existência do Direito, criando normas que conduzem o comportamento dos seres humanos, proibindo certas condutas e permitindo as mesmas em determinadas situações.

Exemplo do disposto acima é a legislação penal brasileira; o Código Penal em seu artigo 121 prevê que “matar alguém” é crime, e ao mesmo tempo, em seu artigo 23, II, determina que se o ato é cometido em legítima defesa, deixa de ser crime pela exclusão da ilicitude. Nota-se que a lei é resultado da escolha do ser humano, e nesse caso, escolheu relativizar o crime de homicídio em determinadas situações.

Diante da extensão do conceito de liberdade, deve aqui ser limitado à autonomia de escolha do ser humano em como deseja ser tratado no final da vida. Há, conforme já exposto na seção 2.4, outras possibilidades de decisões de fim de vida, mas nenhuma delas parece tão radical quanto à eutanásia e o suicídio assistido. O direito de liberdade dos pacientes é argumento para a defesa da eutanásia, e, ao mesmo tempo, para sua condenação.

Husemann (2005, p. 55-56) afirma que um paciente, em estado consciente, deve poder participar ativamente das decisões tomadas a seu respeito pelos médicos, podendo, por exemplo, negar que sejam realizados determinados tratamentos a si e dessa forma, suprimir a própria vida. Por outro lado, quando o paciente determina que o médico cometa eutanásia, não está agindo com autonomia em relação a si, mas agindo numa tentativa de determinar a vontade do médico, demonstrando em verdade um instrumento jurídico totalitário.

Por outro lado, há autores que defendem que a autonomia de vontade do paciente deve ser levada em consideração tanto no momento de negar qualquer tratamento, quanto no momento de decidir sobre o fim ativo de sua vida. Carvalho (2001, p. 144), alega que a liberdade que há na vontade do paciente, deve ser balanceada com base na ponderação de valores. O paciente que deseja sofrer eutanásia valoriza mais a sua liberdade de escolha

em encerrar sua vida dignamente, do que o seu direito à vida, e por isso permite lesão ao seu bem jurídico.

Sá (2001, p. 95) argumenta que a liberdade de escolha para pacientes em estágio terminal é essencial para que estes fiquem em pé de igualdade com pessoas saudáveis, visto que dessa forma, a dignidade humana é garantida a ambos. O Direito não pode sobrepesar o direito à vida de tal maneira que o transforme em “dever de sofrimento”, e por isso, a indisponibilidade da vida deve dar espaço à autonomia de vontade do paciente em fase terminal.

É importante destacar que o consentimento do paciente, nas hipóteses de decisão sobre o fim da vida deve ser válido. Para tanto, algumas legislações exigem, por exemplo, declaração escrita do paciente que deseja passar pela eutanásia. Carvalho (2001, p. 144) informa que há quatro elementos que validam a vontade do paciente, quais sejam: informação dada de forma adequada pela equipe médica, compreensão da informação pelo paciente, consentimento do paciente de maneira voluntária e a capacidade em consentir do paciente.

3 AS DIFERENTES LEGISLAÇÕES ACERCA DO FIM FORÇADO DA VIDA

Conforme mencionado na seção 2.4, no Brasil há a possibilidade de realizar diretivas antecipadas de vontade, e é possível a existência de cuidados paliativos. É necessário expor que, diferentemente de alguns países, como Bélgica, Holanda, Suíça, Canadá, e Estados Unidos, o Brasil não possui legislação que regulamente a eutanásia ou o suicídio assistido.

Diante disso, faz-se necessária a análise das normas de alguns países sobre as decisões de fim de vida em comparação com o que existe no Brasil, a fim de verificar o nível da garantia da dignidade humana, diante da autonomia de vontade existente em cada país.

3.1 CANADÁ

O início da legalização da eutanásia/suicídio assistido no Canadá se deu com o caso *Carter v Canadá* (2015), no qual a Suprema Corte canadense decidiu que as proibições até então existentes de eutanásia e suicídio assistido infringiam a Carta Canadense dos Direitos e Liberdades, e determinou que o país criasse medidas para a efetivação da autonomia de pacientes em estágio terminal.

Há quem seja contra a visão da Suprema Corte. Keown (2014, p. 42), analisando a decisão em primeira instância do caso *Carter v Canadá* (que foi ratificada pela Suprema Corte), alega que a possibilidade de autorizar o encerramento forçado da vida de pacientes em estágio terminal preocupa-se mais com a autonomia de vontade e menos com o direito à vida, e acaba decidindo que algumas vidas não valem a pena ser vividas, justificando a morte de alguns pacientes.

Em meados de 2016, O Canadá aprovou uma emenda ao Código Penal que trata sobre a assistência médica no momento da morte. O ato cria exceções, para isentar de responsabilidade criminal o médico e a enfermeira que auxiliem pacientes à morte, além de permitir que farmacêuticos auxiliem os outros profissionais citados no processo.

A seção 14 do Código Penal canadense determina que nenhuma pessoa tem o direito de consentir com seu próprio homicídio, e que, caso o faça, não isenta de responsabilidade criminal aquele que o pratique. Com a emenda, criou-se a seção 227, que determina que profissionais que pratiquem eutanásia não serão considerados culpados por homicídio. (CANADÁ, 2016, p. 3).

Assistência médica na morte significa a administração a um paciente, realizada por um médico ou enfermeiro, de substância que provoque a morte, ou a prescrição ou o fornecimento ao paciente, da referida substância, para que este, sozinho, provoque a própria morte (CANADÁ, 2016, p. 5).

O argumento utilizado pelo parlamento canadense, ao aprovar a medida, é a garantia da autonomia dada às pessoas que possuem uma

condição médica grave e irremediável, que cause a elas sofrimento duradouro e intolerável. Assim como é importante a garantia da liberdade de escolha ao indivíduo, o Canadá também ressaltou, no preâmbulo do ato, a importância de proteger as pessoas vulneráveis, para que essas não sejam induzidas a tirar a própria vida (CANADÁ, 2016, p. 2-3).

Para que seja possível a prática da eutanásia ou do suicídio assistido no Canadá, o paciente deve cumprir alguns requisitos, quais sejam: ser beneficiário dos serviços de saúde do Canadá; ter pelo menos 18 anos, ou estar apto a tomar decisões a respeito da própria saúde; ter uma grave e irremediável condição médica; ter feito requerimento de forma voluntária, requerendo assistência médica para encerrar a vida, e sem ter sido resultado de pressão externa; o paciente deve ter escolhido a assistência médica para encerrar a própria vida depois de ter sido informado sobre as demais possibilidades para aliviar seu sofrimento, incluindo o cuidado paliativo (CANADÁ, 2016, p. 5).

Para o paciente ser enquadrado na condição médica permitida para eutanásia/suicídio assistido, deve também cumprir alguns critérios, de forma cumulativa. A doença ou a incapacidade deve ser séria e incurável, ele deve estar em estágio avançado ou irreversível de redução da capacidade, o estado do paciente deve causar sofrimento intolerável, que não pode ser aliviado de outras maneiras, e a morte natural é razoavelmente esperada, previsível (CANADÁ, 2016, p. 5-6).

Antes de ocorrer de forma efetiva o auxílio à morte, seja de forma direta ou indireta ao paciente, deve o médico ou enfermeiro responsável pelo procedimento ter convicção de que o paciente se enquadra nas hipóteses permitidas, ter recebido o pedido de forma escrita, assinado pelo paciente, ou por alguém que tenha permissão na legislação, com a assinatura de duas testemunhas independentes. Além disso, o pedido deve ser datado, sendo que deve ser apresentado após o paciente ter recebido a informação de que está em situação em que não pode ser curado por meios convencionais. O

paciente também deve ter sido informado sobre a possibilidade de desfazer o pedido a qualquer momento, e deve ocorrer um lapso temporal de dez dias úteis desde a assinatura do pedido até o momento do procedimento, salvo situações específicas. Depois de tudo isso, após o início do procedimento deve ainda o médico dar a oportunidade final de o paciente mudar de ideia, e caso este tenha dificuldade de comunicação, deve o médico proceder de todas as maneiras possíveis para que o paciente compreenda, e comunique sua decisão (CANADÁ, 2016, p. 6).

Como pode ser observada, a legislação que trata da possibilidade de fim ativo de vida no Canadá é extremamente rigorosa, não permitindo que toda e qualquer pessoa possa passar pela eutanásia, ou possa cometer suicídio assistido. Cumpre ressaltar que no país a decisão é tratada como item de saúde pública, devendo os governos das cidades (províncias) canadenses providenciar que os atestados de óbito de pacientes que passem pela eutanásia ou pelo suicídio assistido tenham essa informação, para controle pelo Ministro da Saúde (CANADÁ, 2016, p. 9).

Há ainda no referido ato, previsão de punição a médicos e enfermeiros que descumpram a norma. Por exemplo, caso o haja fraude no procedimento, em que os responsáveis, sabendo que o paciente não cumpre os requisitos necessários para sofrer a eutanásia ou praticar o suicídio assistido, e mesmo assim praticando o ato, podem sofrer a pena de prisão, pelo prazo máximo de 5 anos (CANADÁ, 2016, p. 8).

É necessário explicar, por fim, que o médico, o enfermeiro, o farmacêutico, ou qualquer outra pessoa, não pode influenciar na decisão do paciente. Caso qualquer pessoa aconselhe um enfermo a morrer por meio de suicídio, ou o auxilie, será acusada de crime, podendo ser condenada até a quatorze anos de prisão, ainda que a morte não se consume (CANADÁ, 2016, p. 4).

É evidente a seriedade e a rigidez da legislação canadense, que prevê hipóteses específicas e limitadas de possibilidade de encerramento

ativo da vida de alguém que se encontra em sofrimento, além de cominar penas àqueles que tentarem burlar a norma.

Ao consultar o site oficial do Canadá, no item que trata sobre o assunto, é possível verificar os relatórios emitidos pelo Ministério da Saúde em relação ao número de mortes assistidas. Desde a publicação da norma, até outubro de 2018 houve 6749 (seis mil setecentos e quarenta e nove) mortes assistidas, das quais apenas 6 (seis) foram por meio de suicídio assistido, sendo as demais por meio da eutanásia. A maior parte dos pacientes era acometida por neoplasias (câncer), seguida de problemas neurodegenerativos, problemas circulatórios/respiratórios, e outras causas, respectivamente. Além disso, os pacientes, em sua maioria estavam na faixa etária após os 70 anos (CANADÁ, 2019).

3.2 ESTADOS UNIDOS

Conforme Sanabia (2016, p. 64), havia na década de 1990 nos Estados Unidos um movimento a favor do suicídio assistido, que tentava legalizar a medida há tempos. Diante da impossibilidade de aprovar a medida pelo processo legislativo tradicional registrada por outros estados, a Suprema Corte do Estado de Oregon, em 1994, resolveu questionar os eleitores, os quais (mais de 50%) concordaram com o suicídio assistido. Apesar de a decisão ter ocorrido em 1994, apenas em 1997, após conflitos, o Estado de Oregon revisou sua Constituição e incluiu, no item 127, artigos que permitem a morte com dignidade.

A norma permite que adultos (maiores de 18 anos), que sejam capazes, e estejam sofrendo de uma doença terminal (atestado por um médico), e que, voluntariamente manifestem seu desejo de morrer, façam uma requisição para terem acesso a remédio que encerrem seu ciclo (ESTADOS UNIDOS, 1997, p. 2). O paciente deve realizar um pedido oral e outro escrito, e reiterar o pedido oral após 15 dias do primeiro, sendo que a qualquer tempo pode mudar de ideia (ESTADOS UNIDOS, 1997, p. 3).

É necessário que o formulário de solicitação cumpra alguns requisitos para ser considerado válido: precisa ser datado e assinado pelo paciente e por mais duas testemunhas que atestem que o paciente é capaz, está agindo de forma voluntária e não está sendo coagido a assinar o pedido, sendo que ao menos uma das testemunhas não pode ser parente consanguíneo ou afim do paciente, possível herdeiro do paciente, dono ou empregado de hospitais em que ocorre o procedimento (ESTADOS UNIDOS, 1997, p. 2).

O médico precisa deixar claro que o paciente é portador de uma doença incurável/em estágio terminal, informar o paciente sobre sua doença, seu diagnóstico e prognóstico, sobre o resultado de tomar a medicação que será prescrita, sobre as alternativas que o paciente possui, como remédios que controlem a dor e clínicas especializadas em cuidados paliativos. Ainda, deve recomendar ao paciente que informe aos parentes próximos a respeito da sua decisão (caso não o faça, não poderá passar pelo procedimento), e que, no momento do procedimento, o paciente tenha uma pessoa próxima ao lado. Ainda, o médico deve explicar ao paciente que ele pode rescindir o pedido realizado a qualquer momento, além de oferecer, após o prazo de 15 dias do pedido oral, a oportunidade de desistência do procedimento (ESTADOS UNIDOS, 1997, p. 2-3).

O médico responsável pode entregar ao paciente o remédio para dar fim a sua vida juntamente com remédios auxiliares para minimizar o desconforto, desde que seja registrado em uma junta médica específica, e possua um certificado de repressão às drogas, ou pode contatar um farmacêutico e informá-lo da receita, ou entregá-la por escrito ou pelos Correios, sendo que o farmacêutico pode entregar a medicação diretamente ao paciente (suicídio assistido), a outro médico, ou a alguém indicado pelo paciente (ESTADOS UNIDOS, 1997, p. 3).

Caso o médico opine que o paciente interessado em realizar o procedimento esteja sofrendo de algum distúrbio de ordem psicológica / psiquiátrica, como a depressão, por exemplo, que prejudique o seu julgamento,

deve encaminhar o paciente para aconselhamento. Não é permitido que o médico encerre a vida de um paciente com qualquer distúrbio emocional/psicológico/psiquiátrico (ESTADOS UNIDOS, 1997, p. 3).

Todos os registros dos pedidos do paciente sejam de forma oral ou escritos, o diagnóstico realizado, o prognóstico, a confirmação de que o paciente é plenamente capaz, o relatório realizado durante o aconselhamento (se necessário), a comprovação de que o médico ofereceu ao paciente a oportunidade de desistência do requerimento, a informação realizada pelo médico de que todos os requisitos legais foram cumpridos e a anotação do remédio prescrito, devem constar no prontuário médico do paciente (ESTADOS UNIDOS, 1997, p. 3-4).

A lei determina que apenas cidadãos do Oregon podem ter os requerimentos aceitos, e isso pode ser demonstrado por meio da licença para dirigir emitida pelo estado, registro de eleitor no estado, a propriedade ou a posse comprovadas de imóvel no estado ou a comprovação do pagamento do imposto estadual (rol exemplificativo) (ESTADOS UNIDOS, 1997, p. 4).

A norma protege os médicos e clínicas de sanções criminais, cíveis, ou administrativas, caso tenham realizado ou auxiliado no encerramento digno e humanizado da vida de um paciente terminal, desde que tenham agido em conformidade com a lei. Ainda, a norma garante a liberdade do médico em aceitar ou se recusar a participar do procedimento, sem sofrer qualquer sanção, em ambos os casos. Por outro lado, se um procedimento for praticado de forma irregular, os envolvidos serão julgados pelo cometimento de crime “classe A” (ESTADOS UNIDOS, 1997, p. 4-5).

Assim como o Canadá, o Estado de Oregon trata da possibilidade de suicídio assistido de forma rígida e responsável, detalhando todo o procedimento e prevendo punições àqueles que não seguirem a norma. Ainda, nota-se que em ambos os casos, além da preocupação formal do processo, há preocupação com a dignidade das pessoas, há no texto frases

que demonstram que a eutanásia é um procedimento humanizado que visa dar autonomia àqueles que desejam encerrar um sofrimento incalculável.

O serviço de saúde do Oregon é responsável pela coleta de informações a respeito dos casos de eutanásia no estado, devendo elaborar estatísticas anuais, e publicá-las. Ao consultar o site do governo, há um arquivo em PDF que demonstra que durante o ano de 2018, 249 pessoas receberam a receita para uma dose letal de medicamento em conformidade com a legislação, mas apenas 168 realizaram o procedimento até o final. Desde 1997, quando a Lei foi criada, 2.217 pessoas receberam a autorização para o suicídio assistido, das quais 1.459 efetivamente tomaram o medicamento e faleceram (ESTADOS UNIDOS, 2019, p. 5).

Em relação às características das pessoas que realizaram o suicídio assistido, a maior parte tinha mais de 65 anos (idosos), branca, com ensino superior completo e estava sofrendo de neoplasia maligna (ESTADOS UNIDOS, 2019, p. 6).

Na visão de Ferreira (2007, p. 402-403), o Ato promulgado pelo Estado de Oregon foi o primeiro a legalizar o suicídio assistido no mundo inteiro. Além disso, o suicídio assistido gera um impacto positivo no estado, pois os médicos criam consciência sobre as opções existentes aos pacientes em estágio de fim de vida, como cuidados paliativos, aplicações de remédios para alívio da dor, e inclusive o reconhecimento de doenças como a depressão.

3.3 BRASIL

O Brasil não possui legislação que trate especificamente sobre a eutanásia ou o suicídio assistido. Tramitou no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 125/1996, que previa a autorização da prática de eutanásia (nomeada no PL como “morte sem dor”), porém seu arquivamento ocorreu em 1999. Depois disso, não houve propositura de novos Projetos de Lei para tratar sobre o assunto.

É importante pontuar a proposta de alteração do Código Penal, que tramita até o presente ano no Congresso Nacional que, dentre outras coisas, pretende criminalizar efetivamente a eutanásia (PL 236/2012), atribuindo-lhe a pena de prisão de dois a quatro anos, e ao mesmo tempo exclui a ilicitude quando o agente “deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível.” (BRASIL, 1940).

Além dos países supramencionados nos itens 3.2 e 3.3, na América Latina há países como o Uruguai e Colômbia que, indo de encontro à legislação penal brasileira, criaram institutos despenalizadores para a prática da eutanásia.

O Código Penal Uruguaio, em seu artigo 37, permite que o juiz isente de pena aquele que comete um homicídio piedoso, levando-se em consideração os antecedentes (que devem ser honráveis), e as súplicas reiteradas da vítima. A Corte Constitucional da Colômbia, por meio da Sentença C-239/97, decidiu que o médico que pratica eutanásia, em pacientes em estágio terminal e que solicitarem o procedimento, não poderá ser criminalizado. A sentença enfatiza o dever do Estado de proteger a vida dos sujeitos, entretanto, aponta também outros princípios de extrema importância que devem ser garantidos aos pacientes, o da autonomia de vontade e da dignidade humana:

[...] Esas normas superiores muestran que la Carta no es neutra frente al valor vida sino que es un ordenamiento claramente en favor de él, opción política que tiene implicaciones, ya que comporta efectivamente un deber del Estado de proteger la vida. Sin embargo, tal y como la Corte ya lo mostró en anteriores decisiones, el Estado no puede pretender cumplir esa obligación desconociendo la autonomía y la dignidad de las propias personas. Por ello ha sido doctrina constante de esta Corporación que toda terapia debe contar con el consentimiento informado del paciente, quien puede entonces rehusar determinados tratamientos que objetivamente podrían prolongar la duración de su existencia biológica pero que él considera incompatibles con sus más hondas convicciones personales.

No Brasil, por outro lado, apesar de não existir tipificação específica no Código Penal, a prática da eutanásia, ou do suicídio assistido no Brasil, diferente do que ocorre nos dois países citados nos itens 3.1 e 3.2, resultaria na criminalização do médico, que seria condenado às penas de homicídio, ou auxílio ao suicídio, respectivamente.

O Decreto-Lei n. 2.848, de 1940 (Código Penal) prevê em seu artigo 121, §1º, a possibilidade de diminuição de pena, de 1/6 a 1/3, para aquele que “mata alguém” por motivo de relevante valor social ou moral (BRASIL, 1940). Ainda, no artigo seguinte, há previsão de pena àquele que induz, auxilia ou instiga outra pessoa a cometer suicídio. Nota-se que, em qualquer hipótese de fim forçado de vida, o agente será considerado criminoso diante da lei penal, indo a julgamento perante o tribunal do júri, conforme se extrai do artigo 74, § 1º do Decreto-Lei n. 3.689, de 1941 (BRASIL, 1941).

A falta de permissão indireta da eutanásia e do suicídio assistido, somada à necessidade de garantia da dignidade humana e da autonomia da pessoa, fez com que o Brasil criasse alternativas para aqueles pacientes terminais que não desejam prolongar o sofrimento físico e mental.

A Constituição Federal de 1988 elegeu a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, destacando a importância do princípio para o Brasil. Ainda, destacou, como objetivo a ser alcançado, a promoção do bem de todos, e, como direito fundamental, a proibição de tratamento desumano ou degradante. Diante da lacuna legal em relação à eutanásia e a necessidade de garantia de princípios e direitos constitucionalmente previstos, foram criadas resoluções do Conselho de Medicina sobre o tema.

Antes de expor o conteúdo das resoluções, cumpre ressaltar que o Código de Ética Médico tem como princípio, em seu inciso VI, o respeito absoluto pelo ser humano, não sendo permitido que o médico utilize seus conhecimentos para “causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade”.

A resolução CFM 1805/2006 permite que o médico limite ou suspenda o tratamento que prolongue a vida de pacientes em estágio terminal, de enfermidade grave ou incurável, respeitando a vontade destes. A pessoa doente ainda receberá os cuidados médicos para alívio do sofrimento. Essa resolução se pautou no princípio da dignidade humana e na proibição do tratamento desumano ou degradante.

Anos depois, com base na necessidade de regulamentação das diretivas antecipadas de vontade, visando a garantia da autonomia do paciente, e considerando a tecnologia da medicina, que permite que pacientes tenham a vida prolongada, e conseqüentemente o sofrimento, criou-se a Resolução CFM 1995/2012, que garante que os desejos do paciente, manifestados por meio das diretivas antecipadas de vontade, prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico. Cumpre ressaltar que a Resolução dispensa o médico de considerar diretivas que estiverem em desacordo com preceitos do Código de Ética Médico.

Ademais, O Brasil oferece àqueles doentes em estágio terminal cuidados paliativos, conforme previsão no parágrafo único do artigo 41 do Código de Ética Médico:

Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2019).

Nota-se que, apesar de não existir legislação permissiva, acerca da eutanásia, o Brasil se esforça na garantia de autonomia aos pacientes em estágio terminal, por meio de outros institutos.

Cumpre ressaltar, entretanto, que apesar da busca por cuidados dignos com pacientes terminais, o Brasil, não possui um índice internacional muito admirável conforme ranking realizado pelo The Economist Intelligence

Unit (2015, p. 15) no qual ficou em 42º, de 80 países analisados (enquanto Estados Unidos e Canadá ficaram nas posições 9 e 11, respectivamente).

Por fim, deve-se refletir sobre os possíveis efeitos da autorização da eutanásia no Brasil, caso fosse inspirada nos países mencionados nos itens 3.1 e 3.2. Inicialmente, veríamos um impacto no orçamento do Sistema Único de Saúde, pois, conforme análise dos dados de outros países, cabe ao Estado garantir a todos o acesso ao procedimento, além de ser necessária elaboração de relatórios ao Ministério da Saúde com determinada periodicidade, visando o controle. Ainda, o Congresso Nacional teria que dispor tempo para a criação de normas que protegessem os pacientes das decisões arbitrárias dos médicos, criando tipos penais específicos.

Por outro lado, devido a possibilidade de realizar a vontade daqueles que estão em momentos finais de sofrimento, não prolongando seus dias nesta terra, possivelmente os leitos hospitalares ficariam menos lotados, aumentando o atendimento daqueles que ainda não estão com doenças terminais.

4 CONCLUSÃO

O trabalho iniciou com a apresentação dos direitos de todo ser humano à vida, e à dignidade, direitos fundamentais centrais para análise do problema de pesquisa. Em sequência, o conceito de morte foi estudado. Esse evento biológico, espiritual e religioso, é central para o artigo, pois se faz presente na vida de cada ser humano existente, e a tentativa de evitá-lo é o motivo pelo qual tenta-se prolongar a vida de pacientes em estágio terminal.

Depois, discorreu sobre os institutos existentes em diversos países, que tratam sobre as decisões a serem tomadas por pacientes em estágio terminal. Reconheceu-se a existência da chamada eutanásia, principal objeto analisado no presente artigo, em suas diversas modalidades, explicando que não é sinônimo de homicídio piedoso; do suicídio assistido, e suas diferenças com relação ao primeiro instituto aqui citado; das diretivas antecipadas de

vontade, criadas para evitar o prolongamento do sofrimento de pacientes em estágio terminal, possibilitando que estes neguem tratamentos; e por fim, dos cuidados paliativos, que visam tratar a dor, e dar conforto àqueles que vivem em sofrimento constante.

Ademais, foi necessário apresentar o conceito de liberdade, diante da importância desse direito para o tema abordado no artigo, além de estabelecer a correlação entre este e os demais princípios analisados nos itens 2.1 e 2.2.

Por fim, apresentou-se a legislação de dois países em comparação com a brasileira, visando comparar o nível da garantia da dignidade humana em cada um deles.

O presente artigo não pretende apresentar qualquer verdade absoluta a respeito do tema, mas instigar o debate pautado na dignidade humana, na bioética, na autonomia de vontade e no direito de morrer de forma digna.

Diante da comparação entre a legislação do Canadá e do Estado de Oregon, nos Estados Unidos, com a norma brasileira, nota-se grande diferença no tratamento dado a pacientes em estágio terminal. Enquanto nos dois primeiros países há grande autonomia do paciente em decidir sobre a sua própria morte, no Brasil, apesar das inovações legislativas apresentadas, ainda parece ser longo o caminho a trilhar para a garantia efetiva da dignidade humana nas decisões de fim de vida.

Faz-se necessário ressaltar ainda, que nos países estudados, a legislação, apesar de permitir a prática da eutanásia, protege os pacientes de possíveis homicídios piedosos, por meio de um rígido protocolo a ser seguido tanto pelo médico quanto pelo paciente interessado no procedimento.

Ainda, é imperativo verificar que não há qualquer promoção ou tentativa de convencimento à prática da eutanásia ou do suicídio assistido, tanto no Canadá, quanto em Oregon, sendo vedada qualquer sugestão do médico ao paciente.

Além dos dois países supramencionados, países vizinhos do Brasil já avançaram em relação ao tratamento dado à pacientes em estágio terminal. Como foi apresentado no item 3.3, a Colômbia e o Uruguai já flexibilizaram a legislação para tratar de forma diferenciada a morte provocada de pacientes em estágio terminal.

O Brasil parece estar caminhando em direção à garantia da dignidade humana nas decisões de fim de vida, nas quais o paciente terminal se torna senhor do seu destino, podendo decidir quando encerrar seu sofrimento, devido a implementação de normas de cuidado paliativo e diretivas antecipadas de vontade. Apesar disso, não é possível afirmar que há a plenitude da garantia da dignidade humana nas decisões de fim de vida que existem hoje no país, pois ainda há a prolongação da vida de pacientes em estágio terminal, sendo permitida apenas a negativa destes a determinados tratamentos, e a garantia de cuidados para amenização da dor.

Os países estudados podem servir de inspiração para uma reestruturação do sistema penal, especialmente dos artigos 121 e 122 do Código Penal, para que futuramente pacientes em estágio terminal possam decidir plenamente sobre o fim de suas vidas, preservando a garantia de sua dignidade até o momento da morte.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão para debate público. 2010. Disponível em: https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 29 set. 2018.

BIELEFELDT, H. *Filosofia dos Direitos Humanos*. Tradução: Dankwart Bernsmuller. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. (Vide Lei n. 13.964, de 2019). Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 out. 1941.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Cuidado Paliativo Oncológico*. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/inca/cuidado_paliativo_oncologico_thiago.pdf. Acesso em: 25 abr. 2019.

BRASIL. *Projeto de Lei do Senado n. 125, de 1996*. Brasília, DF, 1996. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/27928>. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. *Projeto de Lei do Senado n. 236, de 2012*. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 8 set. 2019.

CANADÁ. *Assitance Dying*. Disponível em: <https://www.canada.ca/en/health-canada/services/publications/health-system-services/monitoring-system-medical-assistance-dying.html>. Acesso em: 15 jun. 2019.

CANADÁ. *Fourth Interim Report on Medical Assistance in Dying in Canada*. Disponível em: <https://www.canada.ca/en/health-canada/services/publications/health-system-services/medical-assistance-dying-interim-report-april-2019.html>. Acesso em: 15 set. 2019.

CARVALHO, G. M. de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBC-CRIM, 2001.

COLÔMBIA. *Sentença 239/97*. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>. Acesso em: 8 set. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médico*. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_1.asp. Acesso em: 8 set. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM n. 1.805/2006*. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm Acesso em: 8 set. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM n. 1.995/2012*. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf Acesso em: 25 abr. 2019.

DALLARI, D. de A. Bioética e Direitos Humanos. In: COSTA, S. I. F. *Iniciação à bioética*. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 1988.

DALLARI, D. de A. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 2004.

DWORKIN, R. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ESTADOS UNIDOS. *Oregon's Death with Dignity Act – 2018 Data Summary*. Disponível em: <https://www.oregon.gov/oha/PH/PROVIDERPARTNERRESOURCES/EVALUATIONRESEARCH/DEATHWITHDIGNITYACT/Documents/year21.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2019.

ESTADOS UNIDOS. *Oregon's Death with Dignity Act*. Disponível em: <https://www.oregon.gov/oha/PH/PROVIDERPARTNERRESOURCES/EVALUATIONRESEARCH/DEATHWITHDIGNITYACT/Pages/ors.aspx>. Acesso em: 3 abr. 2019.

FERREIRA, N. Latest Legal and Social Developments in the Euthanasia Debate: Bad Moral Consciencies and Political Unrest. *Medicine and Law*, 2007. Disponível em https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/mlv26&id=415&men_tab=srchresults. Acesso em: 3 out. 2019.

HUSEMANN, A. J. *Eutanásia: um sintoma do nosso tempo*. Tradução: Heinz Wilda. São Paulo: Antroposófica, 2005.

KEOWN, J. A Right to Voluntary Euthanasia? Confusion in Canada in Carter. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 2014. Disponível em: <https://scholarship.law.nd.edu/ndjlepp/vol28/isshttps://scholarship.law.nd.edu/ndjlepp/vol28/iss1/1/1/>. Acesso em: 6 out. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 8 ago. 2018.

RIBEIRO, D. C. *Eutanásia: viver bem não é viver muito*. 1998. Disponível em http://www.diaulas.com.br/artigos.asp?id=209&p_ch. Acesso em: 6 out. 2019.

SÁ, M. de F. F. de. *Direito de Morrer: eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANABIA, G. F. El Derecho Fundamental A Morir Dignamente. *Revista de Estudios Criticos del Derecho*, [s. l.], v. 54, 2016. Disponível em https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/clave12&iid=64&men_tab=srchresults. Acesso em: 3 out. 2019.

THE ECONOMIST. *The 2015 Quality of Death Index*. Disponível em: <https://eiuperspectives.economist.com/sites/default/files/2015%20EIU%20Quality%20of%20Death%20Index%20Oct%2029%20FINAL.pdf>. Acesso em: 15 set. 2019.

TORRES, R. L. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

URUGUAI. *Código Penal n. 9.155*. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933>. Acesso em: 8 set. 2019.

A IMPUTAÇÃO DE AUTORIA NOS CRIMES DE CIBERPEDOFILIA E SEU ENQUADRAMENTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ANTE AS NOVAS TECNOLOGIAS

Helena Burigo¹

Rafaella Zanatta Caon Kravetz²

Resumo: Este trabalho tem como objetivo investigar o desafio de imputação de autoria nos delitos de ciberpedofilia, bem como seu enquadramento da legislação brasileira diante das novas tecnologias, tendo em vista que a comprovação no mundo fático de crimes virtuais traz a dificuldade de julgamento aos Tribunais. É essencial o estudo de jurisprudências e da legislação brasileira para análise de como atuam os Tribunais ante um caso concreto de ciberpedofilia. Ademais, é primordial estudar a história, para que se demonstre a evolução desse delito ao longo dos anos, tendo em vista o avanço das tecnologias. Observa-se que é possível a criação de sistemas que facilitem encontrar os criminosos, até porque a tecnologia na atualidade vem alavancando a cada segundo. Outrossim, o encerramento de sites ilegais, através de uma melhor cooperação entre as autoridades públicas e as entidades de setor privado é essencial, além da introdução de tecnologias de bloqueio que impeçam utilizadores da internet de acederem a sites ilegais relacionados com a ciberpedofilia. Por fim, a escassez de legislação sobre o tema pode ser superado caso haja um maior enfoque pelas autoridades competentes ao tratar do tema que só vem crescendo no mundo.

Palavras-chave: Ciberpedofilia. Pedofilia Virtual. Legislação. Tecnologia. Autoria.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; helena-burigo@hotmail.com

² Mestra em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; rafaella.caon@unoesc.edu.br

1 INTRODUÇÃO

Um dos grandes temas discutidos na atualidade é o avanço tecnológico. Deste modo, em que pese a modernização ter trazido incalculáveis benefícios a sociedade, é importante destacar o crescimento de ilícitos causados pelos meios de comunicação, em especial pela internet.

Neste viés, importante esclarecer que em outras décadas o avanço tecnológico era considerado como utópico, visto como algo imaginário ter uma rede que interligasse computadores do mundo inteiro. Ao longo dos anos, com a expansão dos computadores, pelo mundo, a internet passou a surgir para todos, sendo considerada ferramenta necessária para a comunicação, que hoje ocorre de forma mais ágil.

Analisando esse avanço no âmbito jurídico, precisamente acerca dos crimes virtuais, observa-se que atualmente, quando se trata de tais crimes, é discutido que o mundo da internet é um meio de impulsionar e intensificar a integração de pessoas, sendo assim, automaticamente é ainda mais fácil o acesso aos menores.

Desta maneira, quando se trata de ciberpedofilia, o grande problema enfrentado em razão da internet, não é somente o envolvimento de crianças e adolescentes pela facilidade de propagação de imagens, vídeos e a facilidade de contato, para alicerçar crianças. Mas sim, em conjunto, traz a problemática da identificação dos criminosos (ciberpedófilos), já que a internet proporciona o anonimato e se torna um meio de difícil localização. E quando se trata da identificação desses criminosos, os provedores não vêm colaborando com as investigações de maneira célere, e muitas das vezes não repassam as informações dos usuários que criam perfis falsos, ou que promovem no meio virtual as práticas da pedofilia.

Outrossim, acerca da legislação sobre a ilegalidade dos atos relacionados a pedofilia/ciberpedofilia, há de se ressaltar que não existe na legislação nenhum crime titulado por pedofilia, com tipificação expressa,

levando os Tribunais brasileiros a socorrem-se da analogia com escopo de ajustar a conduta típica à norma penal.

Deste modo, no que tange a pedofilia virtual, torna-se necessária a realização de estudos pertinentes para que melhor se possa atribuir as responsabilidades penais aos que cometem o ato ilícito. Porquanto, o objetivo desse trabalho, busca analisar o desafio de imputação de autoria nos delitos de ciberpedofilia, com quais condutas o indivíduo se torna um ciberpedofilo, bem como seu enquadramento da legislação brasileira ante as novas tecnologias, tendo em vista que a comprovação no mundo fático de crimes virtuais traz a dificuldade aos Tribunais que por muitas vezes precisam socorrerem-se da analogia e princípios gerais para a resolução do delito.

2 A INTERNET E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A era da internet surgiu em 1969 trazendo a inovação e a revolução para o mundo, sendo um dos maiores marcos de invenção do homem, superando as maiores criações do campo das comunicações como o fax, o rádio e o telefone, isto porque apenas esta invenção humana conseguiu atrelar um mecanismo de disseminação junto ao acesso mundial da informação, a qual possibilita uma interação única entre as pessoas, independentemente de sua localização (BEZERRA, 2016).

A internet teve seu marco inicial na Guerra Fria, para o militarismo dos Estados Unidos (EUA), com o nome de “arpanet”, servindo como um sistema que evitasse os ataques/bombardeios, de modo que vários computadores seriam interligados em pontos estratégicos para o compartilhamento de informações acerca dos ataques que poderiam ocorrer por parte da Antiga União Soviética (BEZERRA, 2016).

Nos anos 60, o Departamento de Defesa dos EUA apoiou uma pesquisa sobre comunicações e redes que poderiam sobreviver a uma destruição parcial, em caso de guerra nuclear. A intenção era difundi-la de tal

forma que, se os EUA viessem a sofrer bombardeios, tal rede permaneceria ativa, pois não existiria um sistema central e as informações poderiam trafegar por caminhos alternativos, até chegarem ao seu destinatário. (ROSA, 2007, p. 31).

Ainda, acerca da ARPENET:

[...] foi desenvolvida com um Backbone³ que passava por baixo da terra, (que o tornava mais difícil de ser interrompido), ele ligava os militares e pesquisadores sem ter um centro definido ou mesmo uma rota única para as informações, tornando-se quase indestrutível. (BOGO, 2000, p. 32).

Logo depois da criação da ARPENET, que era somente um projeto de estratégia militar, a internet se propagou em uma velocidade ímpar, tendo em vista que com a grande demanda e sucesso da invenção, esta virou um meio aberto de comunicação nos Estados Unidos, que logo se propagaria pelo mundo inteiro, sendo considerada a maior das modernidades sociais do século XX Soviética (BEZERRA, 2016).

2.1 A INTERNET NO BRASIL

No Brasil, a internet surgiu somente na década de 90, sendo privativa de Universidades e suas pesquisas. A comercialização da internet no país só começou a ser concretizada em meados de 1994 pela empresa Embratel. Já em 1995, o Ministério das Telecomunicações, bem como o Ministério da Ciência e Tecnologia, criaram atividades que disponibilizaram a internet para toda a população brasileira, por meio da portaria nº 13 (SERRA, 2009).

³ Cf. Entende-se por backbones o conjunto de cabos de telecomunicações, responsáveis pela comunicação dos dados entre os computadores de grande porte e os roteadores que controlam o tráfego da Internet, permitindo a transferência de dados em longas distâncias.

Porém, a grande explosão da internet no país, se deu no ano de 1996. Isto porque, houve uma melhoria significativa de serviços prestados pela Embratel e, principalmente, pelo crescimento incontrolado do mercado. A internet no Brasil crescia num ritmo assustador, tanto na quantidade de usuários quanto de serviços prestados através da rede e provedores (SERRA, 2009).

A partir do ano de 2004, a internet começa a se popularizar, gratuitamente, com uma mídia e de massa no país, tendo em vista o surgimento das redes sociais, mais notadamente o Orkut e logo após, o Facebook. Já em 2007, com o surgimento dos smartphones e da conexão de rede 3G, a internet passa a ser usada também em dispositivos móveis provedores (SERRA, 2009).

Atualmente, de acordo com dados da União Internacional de Telecomunicações (UIT), o Brasil possui mais de 122 milhões de usuários com acesso à Internet, o que corresponde a 59% da população do país. Deste modo, fica evidente que a internet revolucionou e inovou os meios de comunicação, não só no Brasil, como em todo o mundo, mudando a rotina dos indivíduos e diminuindo distâncias geográficas por meio de contato virtual com pessoas de todos os cantos do mundo, não se comparando a nenhum outro meio de comunicação existente até a atualidade (RIBEIRO, 2019).

3 OS DELITOS PRATICADOS POR MEIO DA INTERNET

Infelizmente, a internet tem se tornado nos últimos anos, um meio para o cometimento de crimes, que vem se intensificando cada vez mais. De acordo com Relvas (2004, p. 47): “A discussão inicial é se trata de um local, ainda que virtual, ou apenas, de um meio de intensificar e impulsionar a integração de pessoas e instituições.”

O agente dos delitos praticados através da internet considera-se diferente dos demais. Isto porque, não há contato físico entre o agente delituoso e a vítima, vez que acontecem à distância. Para poder encontrar o

criminoso que atua pela internet, tem-se de cumprir diversas etapas que não são necessárias em outros tipos de crime.

Essa diferente criminalização traz para o Estado o dever de desenvolver medidas que sejam alternativas e estratégicas, a fim de que sejam descobertos os agentes e desencorajem a criminalidade.

No mais, tendo em vista que a internet já se tornou um instrumento indispensável para a maioria dos seres humanos, é necessário que haja legislação específica que determine o que é ilicitude no cyberspaço e quais as penalidades para o cometimento do ilícito. Pois, é evidente que o uso cada vez mais intenso e diversificado da internet está abrindo novos caminhos para a prática de novos ilícitos, e até mesmo para novas formas de cometimento de velhos crimes, em casos nem sempre fáceis de enquadrar no ordenamento jurídico. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por exemplo, tem sido acionado para possa demonstrar a correta interpretação das normas infraconstitucionais em relação aos ilícitos praticados pela rede, o que mostra a dificuldade enfrentada.

4 ASPECTOS GERAIS SOBRE A PEDOFILIA

A palavra pedofilia surgiu no século XIX. O significado etimológico da palavra vem do grego paidofilia onde paidós significa criança e philia amizade, afeição, atração, amor, podendo se entender pedofilia como “atração por crianças” (MARINHEIRO, 2011).

A origem da palavra pedofilia:

Em sua origem etimológica, a palavra pedofilia (oriunda da Grécia) não estava ligada a desejos sexuais imorais. Na verdade, o termo philos significa amigo. Logo, no passado, qualquer pessoa amiga de crianças poderia ser taxada de pedófila, sem que tal vocábulo estivesse carregado de qualquer conotação negativa. Isso começou a mudar a partir do século XIX, quando o sufixo -filia passou a ser utilizado também para designar certos tipos de atração

sexual doentia, como pode ser verificado, por exemplo, na palavra necrofilia (atração sexual por mortos). A partir de então, a palavra pedofilia passou a ser utilizada da forma como se conhece hoje. (LAURIA, 2008).

Juridicamente, a palavra “pedofilia” indica os delitos que tenham natureza sexual cometido contra crianças e adolescentes, em especial, aos crimes dispostos no ECA, tais crimes abrangem desde a simples abordagem obscena, pessoalmente, ou por meio virtual, até o estupro com violência que tem como resultado, a morte (FORTES, 2015, p. 22).

A prática de atos sexuais entre adultos e crianças/adolescentes, não é um assunto atual, este tipo de relação existe há diversos anos, porém na antiguidade, a prática era considerada uma atividade normal dos seres humanos. Na Grécia antiga, por exemplo, a prática sexual entre pessoas mais velhas e um jovem, era considerado normal pela sociedade. A maioria dos casos ocorria entre pessoas do mesmo sexo, sendo a maioria entre homens, funcionando como uma troca de favores, que significava a transformação do jovem à fase adulta, a partir de relações estáveis com o sexo oposto (CARREIRA, 2003, p. 3).

A pedofilia é considerada como um comportamento, não constituindo uma ação. Ou seja, a pedofilia é uma conduta de desejo. Esse desejo está relacionado a um tipo de atração sexual considerada como desviada, pois tem como sujeito passivo uma criança ou um adolescente (ALMEIDA, 2005).

O conceito da palavra pedofilia refere-se a um transtorno mental em que o indivíduo sente desejo, prazer sexual por crianças ou quando necessariamente precisa delas para se excitar. “Conceitua-se como uma doença, de acordo com a CID-10 (Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde), uma lista com as doenças conhecidas e descritas pela OMS (Organização Mundial de Saúde).” (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, 2010, p. 36).

No mesmo sentido, a pedofilia é vista como um fenômeno social que se constitui uma parafilia. É um distúrbio psicosssexual no qual a pessoa sente desejos e necessidades de ter atividades sexuais com crianças, incluindo, muitas vezes, sofrimento e humilhação (BRUTTI, 2008).

Duas são as fontes que atualmente são consideradas as oficiais para a definição e critérios acerca de pedofilia, sendo a Organização Mundial da Saúde (OMS) e a Associação Americana de Psiquiatria (APA). Para a OMS, a pedofilia trata-se de um transtorno de preferência sexual por crianças, podendo ser menino ou menina, geralmente na puberdade ou na pré-puberdade. Já para a APA, a pedofilia um impulso sexual de comportamentos que causam sofrimento clinicamente significativo, esse comportamento envolve atividades sexuais com crianças ou adolescentes e fantasias excitantes. É de se destacar que o delinqüente tem no mínimo 16 anos, sendo 5 anos mais velho que a vítima (RODRIGUES, 2014, p. 49).

Acerca do sujeito pedófilo, este é considerado como um indivíduo que reiteradamente sente atração sexual por crianças, o qual tem fantasias sexuais envolvendo os menores. Porém, tal fantasia e atração, sem externá-las, não são consideradas ilícito. Isto porque, não se pode punir o desejo. Inclusive, conforme demonstram pesquisas, a grande parte dos casos envolvendo abuso e violência sexual infantil são cometidos por pessoas “normais” e não por pedófilos. Ainda, menos que 1% dos pedófilos diagnosticados chegam a abusar sexualmente de crianças.

Ademais, é evidente que o desejo não pode ser considerado crime. Como regra, o comportamento somente pode se tornar passível de punição a partir do momento em que se inicia a tentativa, esta é a lógica do Direito Penal. Conforme já pacificado, a fase de cogitação é absolutamente impunível. Ao contrário, o Direito Penal seria levado a séculos de retrocesso, a uma fase histórica em que não se punia o agir, mas o seu simples ser (REINALDO FILHO, 2007).

5 PEDOFILIA VIRTUAL

A internet cada vez mais vem sendo utilizada por pedófilos como uma via privilegiada de comunicação. Existem, inclusive, comunidades virtuais pedófilas com sites, blogs e canais de chat para troca de experiências vividas pelos agentes, além de informações e imagens pornográficas. Observa-se ainda, que tais comunidades criam estratégias para abordarem crianças no mundo real. Eles se comunicam uns com os outros por meio de expressões, como por exemplo: “boy-lover”, “girl-lover”, “child-lover” e símbolos que identificam sobre qual sexo e faixa etária de crianças que seus interesses incidem (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2015).

Nos dizeres do Ministério Público de Santa Catarina, a pedofilia virtual consiste em produzir, publicar, vender, adquirir e armazenar pornografia infantil pela rede mundial de computadores, por meio das páginas da Web, e-mail, newsgroups, salas de bate-papo (chat), ou qualquer outra forma. Entende-se ainda como o uso da internet que tem como finalidade aliciar crianças ou adolescentes para realizarem atividades sexuais ou para exposição de forma pornográfica (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2015).

Quando se trata de crimes virtuais, inicialmente é discutido que o mundo da internet é um meio de impulsionar e intensificar a integração de pessoas, sendo assim, automaticamente é ainda mais fácil o acesso aos menores (RELVAS, 2008, p. 47).

Pelo mundo virtual, os crimes de pedofilia são inúmeros, em que sites divulgam fotos eróticas, de sexo explícito contendo crianças e adolescentes nas imagens/vídeos. A grande problemática enfrentada pela internet é a dificuldade de prova, ficando o delinqüente em liberdade muitas vezes. Inclusive, esse tipo de crime não tem natureza hedionda, portanto, os delinqüentes mesmo encontrados, pagam fiança, podendo responder em liberdade (PÉRIAS, 2004, p. 22).

Deste modo, resta claro que nos dias atuais, as crianças e adolescentes, não estão preparados para este mundo tão grande de informações que são potencializadas pela internet, pois qualquer criança pode ter acesso a qualquer tipo de informação, mas obviamente, proibir o uso seria um retrocesso, devendo ser analisados meios que bloqueiem o uso da internet, em certos pontos, pelos menores (FORTES, 2015, p.144).

5.1 PEDOFILIA VIRTUAL E A PROBLEMÁTICA DA TIPIFICAÇÃO

Antes de adentrar na problemática, vale citar o que vem a ser criança e o adolescente. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.8.069, de 13 de julho de 1990) em seu artigo 2º define: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescentes entre doze e dezoito anos de idade”. (BRASIL, 1990).

Há de se ressaltar que não existe na legislação brasileira nenhum crime titulado por pedofilia, com tipificação expressa, levando os Tribunais brasileiros a socorrem-se por muitas vezes, da analogia para que se possa ajustar a conduta típica à norma penal. Sendo assim, são penalizadas as consequências dos comportamentos de um pedófilo que podem ser consideradas crimes.

Ou seja, o ordenamento jurídico esforça-se para acompanhar as evoluções que ocorrem na sociedade, porem esbarra-se por muitas vezes na escassez de vias capazes de punir condutas que violam certos direitos. A era da globalização traz um descompasso jurídico diante da atual realidade, visto que o ordenamento não é tão rápido quanto a globalização, não é provido de meios capazes de regulamentar todos os tipos penais existentes, em especial os praticados através da internet.

Quanto à escassez da legislação no âmbito virtual, entende-se que:

[...] ainda falta uma lei especial para tutelar alguns delitos e que a dificuldade para tipificar algumas condutas é grande

[...] é quase que absoluta a falta de punição para alguns crimes, isso justamente pela falta de uma lei que regule todo esse mundo digital (NOGUEIRA, 2009, p. 28-29).

No mesmo sentido, uma das causas da ausência de lei específica que regulamente os crimes virtuais, é a rapidez em que ocorre o desenvolvimento tecnológico em relação à atualização da legislação. Isto porque, o ordenamento jurídico e o governo, não são capazes de promulgar e aplicar leis de forma equivalente ao progresso da informática. Na atualidade, nenhum país do mundo é capaz de plena eficácia ao ciberespaço por si própria, por ser volátil, veloz e simultâneo (BRANT, 2003).

Sendo assim, no que diz respeito à pedofilia virtual, resta evidente a escassez da legislação brasileira que trate sobre a problemática, quando se observa que existe praticamente um tipo único, em que possam ser enquadradas algumas das condutas praticadas por um pedófilo. Tal tipo está previsto no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, delito esse punido com pena de reclusão de um a quatro anos. O referido tipo está assim descrito (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990) no artigo art. 241: “Fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente.” (BRASIL, 1990).

Observa-se que a maioria das decisões dos Tribunais que versam sobre a pedofilia virtual, têm se valido subjetivamente do art. 241 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) - alterado pela Lei n. 10.764/2003.

Observa-se quanto à nova redação do ECA, que o artigo 241 não abrange a pornografia infantil simulada. Isto porque, conforme se observa o texto tipifica somente a disseminação de imagens que reproduzam efetivamente as cenas que envolvem menores. Ou seja, o ordenamento jurídico brasileiro reprime um único tipo de pornografia infantil, porém não legisla sobre a prática de outras condutas que também são prejudiciais à sociedade, sendo estas a distribuição e produção de imagens fotográficas que contenham

sexo explícito que não sejam usadas crianças reais. Essa outra categoria de pornografia infantil é possível pelas técnicas de computação gráfica e até mesmo através do emprego de adultos com a aparência infantil (REINALDO FILHO, 2007).

Na mesma esteira, tem-se que o artigo 241 do Estatuto da Criança e Adolescente tipifica diversos comportamentos que incluem a produção, venda, fornecimento, divulgação, e até mesmo a publicação de imagens e fotografias, pelas vias de informações e pela rede contendo a pornografia infantil ou cenas de sexo explícito envolvendo adolescentes e crianças, excluindo as pessoas que adquirem o material (TRINDADE; BRAIER, 2010).

Corroborando, analisa-se que a Constituição Federal abrange alguns artigos que trazem a proteção as crianças e os adolescentes de forma mais ampla, como por exemplo, o exposto no artigo 24, XV da Constituição Federal de 1988: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre proteção à infância e à juventude.” (BRASIL, 1988). Ainda, conforme o artigo 227 da Constituição Federal:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

E por fim, em seu parágrafo §4º do mesmo artigo: “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.” (BRASIL, 1988).

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente tipifica como crime não só a exploração, a violência, a opressão e etc., mas também a divulgação de imagens e vídeos envolvendo crianças ou adolescentes. Como nos seguintes artigos:

Artigo 240 Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1o Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no caput deste artigo, ou ainda quem com esses contracenava.

§ 2o Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime: I – no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la;

II – prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou

III – prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento. (BRASIL, 1990).

Felizmente, no ano de 2008, com o objetivo de “aprimorar” o combate da pedofilia ante as novas tecnologias e inovações e para criminalizar a aquisição e a posse de materiais e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet foi promulgada a Lei 11.829, dispondo sobre tais tipos, sendo assim, a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a ser acrescida dos seguintes artigos: 241-A, 241-B, 241-C, 241-D e 241-E. Sendo:

Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1o Nas mesmas penas incorre quem:

I – assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo;

II – assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo.

§ 2o As condutas tipificadas nos incisos I e II do § 1o deste artigo são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o caput deste artigo (BRASIL, 1990).

Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1o A pena é diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o caput deste artigo.

§ 2o Não há crime se a posse ou o armazenamento tem a finalidade de comunicar às autoridades competentes a ocorrência das condutas descritas nos arts. 240, 241, 241-A e 241-C desta Lei, quando a comunicação for feita por:

I – agente público no exercício de suas funções;

II – membro de entidade, legalmente constituída, que inclua, entre suas finalidades institucionais, o recebimento, o processamento e o encaminhamento de notícia dos crimes referidos neste parágrafo;

III – representante legal e funcionários responsáveis de provedor de acesso ou serviço prestado por meio de rede de computadores, até o recebimento do material relativo à notícia feita à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário

§ 3o As pessoas referidas no § 2o deste artigo deverão manter sob sigilo o material ilícito referido. (BRASIL, 1990).

Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do caput deste artigo (BRASIL, 1990).

Art. 241-D. Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso:

Penas – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

I – facilita ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso;

II – pratica as condutas descritas no caput deste artigo com o fim de induzir criança a se exibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita. (BRASIL, 1990).

E por fim:

Art. 241-E. Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica” compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais. (BRASIL, 1990).

Assim sendo, com embasamento dos artigos colacionados acima, se vê que a pedofilia não é tipificada como crime, e sim, as condutas praticadas pelos pedófilos para satisfazer seus desejos, os quais cometem crimes previstos tanto no Código Penal, quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Uma vez mais, salienta-se que não existe na legislação brasileira um tipo específico que utilize o termo pedofilia, sendo que o desejo sexual e o contato entre os agentes e as crianças, encaixa-se nos tipos penais como o estupro de vulnerável e outros tipos descritos no ECA, de conteúdos variados (BRUTTI, 2008).

Conforme asseverado por Brutti acerca da punição da conduta do pedófilo, colaciona-se um dos tipos penais previstos no Código Penal para que se possa enquadrar a conduta à norma penal:

Artigo 218 Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Artigo 218-A “Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

Artigo 218-B. “Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos. (BRASIL, 1940).

Novamente, como bem explica:

[...] a legislação brasileira, sem gris algum, estabelece múltiplas hipóteses de enquadramento legal daquelas pessoas que incidem em atos desvaliosos consistentes no abuso sexual de menores, a despeito de não conter qualquer tipo específico relativo ao termo ‘pedofilia’. (BRUTTI, 2008, p. 22).

Ainda, no que diz respeito a tipificação de tais delitos no Código Penal, o artigo 217-A da (Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940) traz, “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.” (BRASIL, 1940).

Referido artigo tipifica um dos crimes sexuais praticado contra vulneráveis, pela forte carga de violência que traz o ato em si, e por constituir ameaça ao direito constitucional de proteção à dignidade humana com os indivíduos que estão em desenvolvimento.

Nesta mesma esteira:

Na nova disciplina dos crimes sexuais se reconheceu a primazia do desenvolvimento sadio da sexualidade e do exercício da liberdade sexual como bens merecedores de proteção penal, por serem aspectos essenciais da dignidade da pessoa humana e dos direitos da

personalidade. Nesse sentido se orientou a reforma de vários tipos penais: buscou-se um tratamento igualitário entre homens e mulheres como sujeitos passivos dos crimes sexuais; procurou-se intensificar, pela disciplina em capítulos específicos, a proteção dos menores de 18 anos, em especial os menores de 14 anos, contra os efeitos deletérios que os crimes sexuais provocam sobre a sua personalidade ainda em formação, estendendo-se essa especial proteção a outras pessoas particularmente vulneráveis em decorrência de outras causas como a enfermidade ou deficiência mental; ampliou-se a repressão a outras formas de exploração sexual além da prostituição, etc. (MIRABETTE, 2010, p. 384).

Nesse sentido, tem-se que dentre os crimes cometidos por agentes pedófilos destacam-se: atentado violento ao pudor (art. 214 do CP), estupro (art. 213 do CP) e pornografia infantil (art. 241 do ECA). Salienta-se que, para que sejam configurados tais crimes, a vítima deve ser menor de quatorze anos.

Assim sendo, resta evidente que não se faz correta a utilização generalizada do termo pedofilia. São diversos os fatores que devem ser identificados para que se possa concluir a consumação de crimes sexuais contra crianças ou adolescentes. Ademais, frisa-se que pelo menos na legislação brasileira, não se pode punir o desejo, sendo assim, pedófilos nem sempre são criminosos, pois na maioria das vezes mantém os desejos sexuais por menores, sem, contudo, praticá-los.

Nessa esteira, “a conduta tida como pedófila terá sempre de ser subsumida numa das figuras típicas, ou seja, terá de se enquadrar num dos artigos do Código Penal ou leis extravagantes.” (SCREMIN NETO; SÁ JÚNIOR, 2002, p. 363). Portanto, não há que se falar em crime enquanto o desejo do pedófilo permanece na imaginação ou, até mesmo na preparação, visto que são impuníveis e não constituem delito algum.

Acerca dessa fase de cogitação e preparação, o agente apenas mentaliza o seu desejo, planeja em sua mente como vai ele praticar o ato,

nesta fase não há como punir o agente, pois o “pensar”, não configura um fato típico e antijurídico pela lei, sendo irrelevante para o direito penal.

Corroborando:

Enquanto encarcerada nas profundezas da mente humana, a conduta é um nada, totalmente irrelevante para o direito penal. Somente quando se rompe o claustro psíquico que a aprisiona, e materializa-se concretamente a ação, é que se pode falar em fato típico. (CAPEZ, 2008, p. 241).

Reinaldo Filho no mesmo sentido entende que o desejo não pode ser considerado crime. Como regra, um comportamento se torna punível somente a partir do momento em que é iniciada a tentativa. A cogitação do delito que constitui o máximo que o desejo do pedófilo pode representar é absolutamente impunível. Se o entendimento fosse contrário, o Direito Penal teria séculos de regressão, a um momento histórico em que não se punia o agir de uma pessoa, mas o seu simples ser (REINALDO FILHO, 2007).

Ainda, sobre a fase de preparação, a punição é possível em casos excepcionais, os atos preparatórios são puníveis em hipóteses em que a lei optou por incriminá-los de forma autônoma. São os chamados crimes-obstáculo. É o que se dá com os crimes de fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico, ou asfixiante (CP, art. 253), incitação ao crime (CP, art. 286), associação criminosa (CP, art. 288) e petrechos para a falsificação de moeda (CP, art. 291), entre outros (MASSON, 2015, p. 357). Deste modo, não cabível dos crimes que envolvem pedofilia.

5.2 JURISPRUDÊNCIAS PERTINENTES À PEDOFILIA VIRTUAL

Ainda, acerca da problemática da tipificação dos crimes de pedofilia virtual, se faz importante analisar como atuam os Tribunais diante de um caso concreto, que por muitas vezes socorrem-se da analogia e de princípios gerais do direito para a resolução da ocorrência.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já consolidou diversas decisões com a interpretação de algumas leis que disciplinam, mesmo que indiretamente, os casos que envolvem a pedofilia na internet. Tais julgados tiveram início em meados do ano 2000 e traçaram um rumo para o direito quanto à aplicação da legislação diante de casos concretos que recorrem a Justiça para a resolução dos delitos.

Uma das primeiras decisões dadas pelo Tribunal trata-se de um adolescente que se envolveu na veiculação de fotos pornográficas, as quais de certo modo, induzem a pedofilia. Foi aplicada ao adolescente uma medida sócio-educativa de internação.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. VEICULAÇÃO DE FOTOS PORNOGRÁFICAS. ATRAVÉS DA INTERNET. PEDOFILIA. APLICAÇÃO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. Em tendo sido acolhido pedido do Ministério Público no sentido de ser concedida a remissão ao adolescente, com aplicação de medida sócio-educativa de prestação de serviços à comunidade, resta prejudicado o enfrentamento das questões trazidas a exame por esta Corte através de recurso de agravo de instrumento. Agravo de instrumento prejudicado. (RIO GRANDE DO SUL, 2000).

Já no ano de 2005, uma banda chamada “Bidê ou Balde” foi condenada a pagar um valor a título de multa devido à gravação da música “E por que não”, a qual faz apologia à pedofilia e ao incesto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LETRA DE MÚSICA QUE FAZ APOLOGIA À PEDOFILIA E AO INCESTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. POSSIBILIDADE, EM TERMOS. Inegável que a letra da música “E por que não”, da banda “Bidê ou Balde”, materializa apologia ao incesto e à pedofilia, sendo impossível, material e constitucionalmente, a pura e simples extirpação do material do universo social, já entranhada nos lares e à disposição em centenas de “sites”

na Internet. Hipótese de reconhecimento judicial da ofensa, com minimização de seus efeitos, com aplicação de multa, por veiculação e decorrente de parcela dos lucros, em benefício de órgão estadual de bem estar do menor. Recurso parcialmente provido, por maioria. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento Nº 70013141262, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 07/12/2005).

Ainda, no ano de 2007, um indivíduo do sexo masculino foi condenado por duas penas restritivas de direito e dois anos de reclusão, em regime aberto, por enviar fotos contendo pornografia de crianças e adolescentes para outras pessoas com quem se relacionava, incentivando deste modo, a pedofilia.

APELAÇÃO DEFENSIVA. ART. 241 DA LEI 8.069/90 (ANTIGA REDAÇÃO). PEDOFILIA NA INTERNET. PROVA. CONDENAÇÃO MANTIDA. Os diálogos mantidos pelo recorrente com os co-réus, através da Internet, conforme atestou o laudo pericial realizado no computador apreendido na residência do apelante, bem ilustram que efetivamente trocava material de conteúdo pedófilo. Assim, diferentemente do que afirmou a defesa, restou bem demonstrado que ele enviava, através da “rede”, fotografias de conteúdo pornográfico-infantil, ficando a sua conduta subsumida ao tipo penal previsto no art. 241 da Lei n. 8.069/90. ANTIGA REDAÇÃO DO ART. 241 DA LEI 8.069/90. TIPICIDADE DA CONDUTA DE QUEM DIVULGOU, NA INTERNET, FOTOS DE CONTEÚDO PEDÓFILO. Alegou o condenado que a sua conduta é atípica, pois, ao tempo do fato, a redação do art. 241 da Lei 8.069/90 não contemplava a veiculação de material pornográfico envolvendo crianças e adolescentes na Internet, o que só passou a ser feito após a edição da Lei 10.764/03, que, de forma explícita, criminalizou tal comportamento. No entanto, a questão suscitada pela defesa já foi analisada pelo colendo Supremo Tribunal Federal, que, mesmo diante da antiga redação do art. 241 da Lei 8.069/90, entendeu típica a conduta de quem divulgou, na Internet, fotografias de sexo envolvendo crianças e adolescentes.

ART. 241 DA LEI 8.069/90 (REDAÇÃO ORIGINAL). DESNECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS VÍTIMAS. SUJEITO PASSIVO GENÉRICO. A defesa alega que não houve vítimas da ação levada a efeito pelo apelante, pois as crianças e adolescentes constantes nas fotos que estavam no computador apreendido não foram identificadas, além do que as “pseudo vítimas” que depuseram no processo não tiveram qualquer foto de conteúdo pornográfico localizada. Todavia, como bem observou o Procurador de Justiça, “pouco importa a identificação das crianças e dos adolescentes que foram fotografados e tiveram suas fotos divulgadas, porque o artigo 241 do ECA, na sua redação original (antes da Lei n. 10764/03), não prevê circunstância elementar específica relacionada ao alvo da ação; aborda, apenas, o gênero do sujeito passivo da conduta - criança e/ou adolescente”. PENAS ALTERNATIVAS. PEDIDO DE REDUÇÃO. A ocupação habitual do condenado, em hipótese alguma pode traduzir empecilho ao fiel cumprimento das penas alternativas. Lembre-se que a reprimenda substituta, apesar de mais branda, não perde o caráter sancionatório inerente ao Direito Penal. Basta salientar que, em caso de sua inexecução, será restabelecida a pena privativa de liberdade. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PEDIDO DE CONDENAÇÃO DO CO- IMPUTADO PELO DELITO PREVISTO NO ART. 241 DA LEI 8.069/90 (ANTIGA REDAÇÃO). IMPROVIMENTO. O verbo “publicar” (antiga redação do art. 241 da Lei n. 8.069/90) pressupõe, via de regra, um ato comissivo, sendo que o fato de o co-réu apenas ter recebido o material pornográfico através da Internet, de modo algum pode ali se encaixar. Se tivesse repassado o material a outras pessoas, a hipótese seria diversa, e aí a condenação teria lugar, mas isso incoorreu. Apelos improvidos. (RIO GRANDE DO SUL, 2007).

Por fim, recentemente, no ano de 2018, um homem foi condenado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por armazenar e publicar material pornográfico de crianças e adolescentes.

APELAÇÃO CRIMINAL. PEDOFILIA E CRIME CONTRA A LIBERDADE INDIVIDUAL. ARMAZENAMENTO

E PUBLICAÇÃO NA INTERNET DE MATERIAL PORNOGRÁFICO ENVOLVENDO ADOLESCENTE E CONSTRANGIMENTO ILEGAL. Concurso material. Sentença condenatória. Recurso da defesa. Pleito absolutório. Inviabilidade. Materialidade dos delitos e autoria devidamente comprovadas. Réu que criou perfil falso na internet, fazendo-se passar por uma adolescente, e manteve relacionamento amoroso virtual com o ofendido, obtendo, com tal proceder, fotos de nudez e um vídeo íntimo do menor. De posse do referido material, o agente passou a ameaçar a vítima de divulgar as imagens na internet - como de fato o fez - caso ela não cumprisse suas exigências. Palavras do ofendido e do seu genitor que não deixam dúvidas acerca da responsabilidade do recorrente, o qual, ademais, confessou parcialmente os delitos. Conjunto probatório apto à manutenção da sentença condenatória. Dosimetria. Pleito de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. Ausência de interesse recursal. Atenuante já reconhecida na sentença. Impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal. Exegese da súmula 231 do STJ. Apelo não conhecido, no ponto. Recurso desprovido. Execução provisória da pena. Condenação no regime semiaberto. Alteração para o aberto após realizada a detração. Intimação do réu para dar início ao cumprimento da pena. Providência determinada de ofício. (SANTA CATARINA, 2018).

Assim sendo, observa-se que apesar da escassez, os Tribunais estão julgando delitos virtuais por meio de analogia e aplicação subsidiária à legislação existente.

São diversas as discussões acerca do avanço da internet e dos benefícios que gera para a sociedade. Mas junto com a revolução tecnologia, criou-se simultaneamente muitos crimes virtuais e ainda, novas formas de praticar delitos já existentes.

Como já dito, a aceleração das tecnologias e da internet traz a impossibilidade de acompanhamento da legislação. E por todo o exposto, ainda se observa que a legislação brasileira é omissa em diversos casos.

Porém, busca-se a adequação para novos fatos trazidos por todo o avanço tecnológico.

6 A IMPUTAÇÃO DE AUTORIA NOS CRIMES DE PEDOFILIA VIRTUAL

Nos crimes de pedofilia virtual observa-se uma grande problemática quanto a identificação do sujeito, devido à quantidade de atores envolvidos, tais como hackers e crackers, que podem apropriar-se de dados e senhas alheias e utilizá-los de diversos modos, praticando inclusive, atos criminosos como se fossem o indivíduo de quem se apropriaram dos dados. Ademais, têm-se fronteiras físicas, que trazem uma extrema complexidade para a investigação de condutas e para aplicar a correta punição dos criminosos.

De um lado, encontra-se o Ordenamento Jurídico brasileiro, e de outro, há o mundo virtual que evolui a cada instante, sem fronteiras, de modo infinito. Sendo assim, torna-se necessário fazer uma análise desse ambiente virtual junto ao Direito, para que se possa identificar os infratores dos delitos envolvendo a pedofilia virtual, tendo em vista os impactos das relações sociais e jurídicas que daí resultam.

Inicialmente, estudos apontam que existe a possibilidade de os computadores das vítimas estarem conectados com redes de pedofílias. Isto porque, observa-se que crianças costumam enviar fotos e vídeos para colegas e amigos e esses materiais acabam caindo na rede dos pedófilos. Do mesmo modo, um indivíduo ligado ao amigo que recebeu a foto pode estar em uma rede de pedofilia, ou o material foi colocado na rede, com isso, se tornou pública.

Os praticantes da pedofilia virtual usam redes sociais de relacionamento e de troca de informações como, por exemplo: mensageiros instantâneos (Skype, Twitter, Whatsapp), chats (salas de bate-papo), redes sociais (Instagram, Snapchat, Facebook) e aplicativos de relacionamento (Tinder, Badoo, Happn, etc.).

Quando se trata da dificuldade de imputar autoria por conta do anonimato trazido pela internet, encontram-se os criminosos usuários das lan houses, cybercafés e cyber offices. Isto porque, com o IP é possível identificar o computador e o horário de uso, mas não se identificar o usuário da máquina. Tal responsabilidade fica para o estabelecimento porem, na maioria das vezes, esses estabelecimentos não fazem constar o cadastro do usuário (SANTOS; ANDRADE; MORAIS, 2009).

No mais, aprofundando-se no tema, observa-se que quando se trabalha em um ambiente de extrema tecnologia considerado não rastreável, os desafios são muitos. A maioria dos ciberpedófilos usam sistemas avançados denominados técnicas diferenciadas. Utilizam o Tor⁴ para dificultar o rastreamento e perpetuar suas práticas totalmente incólumes.

Para piorar a situação vivenciada, nota-se que acerca da identificação desses criminosos, os provedores não costumam colaborar com as investigações de maneira célere, e por diversas vezes não repassam informações dos agentes que criam falsos perfis, ou que promovem a prática da pedofilia virtual.

Em contrapartida, existem movimentos para tentar impedir a falta de identificação de usuários, conforme transcrever o art. 22 do projeto de lei substitutivo do PLS n. 76/2000, PLS nº 137/2000 e PLC n. 89/2003 do Senado:

Art. 22. O responsável pelo provimento de acesso a rede de computadores mundial, comercial ou do setor público é obrigado a:

I – manter em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de três anos, com o objetivo de provimento de investigação pública formalizada, os dados de endereçamento eletrônico da origem, hora, data e a referência GMT da conexão efetuada por meio de rede de computadores e fornecê-los exclusivamente à autoridade investigatória mediante prévia requisição judicial;

⁴ Tor é um software livre e de código aberto que proporciona a comunicação anônima e segura ao navegar na Internet e em atividades online, protegendo contra a censura e principalmente a privacidade.

II – preservar imediatamente, após requisição judicial, outras informações requisitadas em curso de investigação, respondendo civil e penalmente pela sua absoluta confidencialidade e inviolabilidade;

III – informar, de maneira sigilosa, à autoridade competente, denúncia que tenha recebido e que contenha indícios da prática de crime sujeito a acionamento penal público incondicionado, cuja perpetração haja ocorrido no âmbito da rede de computadores sob sua responsabilidade. (BRASIL, 2000).

Porém, apesar de ter sido votado no Senado e seguindo para a outra casa, o referido artigo carece de maiores discussões, merece ser colocado em pauta novamente para que se possa melhorar essa problemática.

Portanto, quando se trata da ciberpedofília, além da problemática da falta de legislação, tem-se a dificuldade de identificações dos criminosos virtuais, uma vez que a internet traz o anonimato, que torna a prática de difícil localização.

7 CONCLUSÃO

Depreende-se que são diversas as discussões acerca da evolução da internet e dos benefícios gerados para todo o mundo. Em contrapartida, tal avanço trouxe simultaneamente muitos crimes virtuais e novos meios para a prática de delitos já existentes.

Por todo o exposto, conclui-se que a veloz e incansável evolução tecnológica por meio da internet, não torna possível, pelo menos por enquanto, o acompanhamento da legislação. O ordenamento jurídico não só no Brasil, ainda é omissivo em diversos casos, porém empenha-se para que possa adequar-se às novas realidades trazidas pelas tecnologias.

No mais, percebe-se que a legislação brasileira aos poucos está se adaptando às condutas ilícitas advindas da internet, porém não abrange completamente esses crimes. Exemplo disso, está na alteração trazida pelo

Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), por meio da Lei n. 11.829/08, que supriu algumas lacunas conferindo modernidade e maior abrangência ao texto do ECA. Por outro lado, novos tipos penais foram criados exigindo de seus agentes uma penalidade, os quais fazem uso de “brechas” previstas nas normas para excluírem suas responsabilidades, ou seja, a legislação ainda não se faz suficiente para abranger tantos casos envolvendo a pedofilia virtual.

Isto posto, se faz essencial, em caráter de urgência, a aprovação de lei que possa regulamentar as atribuições dos provedores de internet, a fim de que a Polícia Judiciária possa ter acesso aos dados dos usuários da rede.

Ainda, discute-se sobre a edição especial de uma legislação intitulada por pedofilia para tornar-se mais certa e eficaz a repressão e punição dos atos praticados por pedófilos. Isto porque, conforme a OMS, atualmente a pedofilia é considerada um transtorno mental em que não se pode tipificar como crime cabível de intervenção penal.

Assim sendo, é de suma importância que o Direito consiga se adaptar a evolução trazida pela internet, para que possa ser um eficaz instrumento de coação para as práticas delituosas ocorridas por meio virtual. No que concerne a pedofilia virtual em especial, importa esclarecer que malgrado a ausência de tipificação legal, as decisões dos Tribunais ocorrem, usando-se de analogia, princípios gerais do direito e de algumas normas abstratas, o que poderia ser facilitado caso houvesse uma legislação intitulada por pedofilia, a fim de acabar com a dificuldade de enquadrar a norma ao tipo penal. Ou seja, o ordenamento jurídico esforça-se para acompanhar as evoluções que ocorrem na sociedade, porém esbarra-se por diversas vezes na escassez de vias capazes de punir condutas pedófilas que violam certos direitos.

Alem disso, quando se trata de pedofilia virtual, além da problemática da falta de legislação, tem-se a dificuldade de identificações dos criminosos virtuais, uma vez que a internet traz o anonimato, que torna a prática de difícil localização. Portanto, diante da dificuldade e de tal avanço

tecnológico é inegável que sejam desenvolvidos novos instrumentos para que se possa imputar a autoria do delito de forma mais segura.

Ademais, constatou-se que a pedofilia virtual deixa rastros. Sendo assim, é possível a identificação de autoria através da quebra de sigilo de dados telemáticos, e do endereço de internet no qual se originou o material pedófilo-pornográfico. Posteriormente, se faz necessário deve-se requer aos provedores, os dados cadastrais relativos ao IP.

Foi apontado que uma das maiores problemáticas quanto à identificação de autoria, trata-se do acesso público da internet por lan houses, cyber cafés entre outros, em que não há registro dos usuários tornando-se quase impossível sua identificação.

Porém, constata-se que em sede de deliberação no Congresso Nacional em seu art. 22 do projeto de lei substitutivo do PLS n. 76/2000, PLS n. 137/2000 e PLC n. 89/2003, prescreve-se que o responsável pelo provimento de acesso a rede de computadores mundial, comercial ou do setor público é obrigado a manter em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de três anos, com o objetivo de provimento de investigação pública formalizada, os dados de endereçamento eletrônico da origem, hora, data e a referência GMT da conexão efetuada por meio de rede de computadores e fornecê-los exclusivamente à autoridade investigatória mediante prévia requisição judicial. Porém, apesar de sido votado no Senado e seguindo para a outra casa, o referido artigo carece de maiores discussões. Se o assunto for colocado novamente em pauta, é possível que haja a esperança de conseguir melhorar a problemática de imputação de autoria para os crimes de pedofilia virtual.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, M. A. C. de. Sobre o significado de pedofilia. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 12, n. 149, p. 3, abr. 2005.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. *Minicódigo De Direitos Humanos*. Brasília, DF: Teixeira Gráfica e Editora, 2010.

BEZERRA, A. *História da internet*. 2016. Disponível em: <https://www.portal-saofrancisco.com.br/historia-geral/historia-da-internet>. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRANT, C. A. B. A evolução da internet no Brasil e a dificuldade de sua regulamentação. 2003. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1351/A-evolucao-da-internet-no-Brasil-e-a-dificuldade-de-sua-regulamentacao>. Acesso em: 17 jun. 2019.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 set. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e de outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266. Acesso em: 17 set. 2019.

BRASIL. *Substitutivo ao PLS 76/2000, PLS 137/2000 e PLC 89/2003*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/comunica/agencia/pags/01.html>. Acesso em: 16 set. 2019.

BRUTTI, R. S. Tópicos Cruciais sobre Pedofilia. *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 47, p. 18-25, dez./jan. 2008.

CAPEZ, F. *Curso de Direito Penal. Parte geral*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

CARRERA, M. S. V. A pedofilia virtual e seus reflexos no âmbito Jurídico. *Boletim Jurídico*, n. 254, 2007. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1881>. Acesso em: 17 jun. 2019.

LAURIA, T. *Significado da palavra Pedofilia*. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/curso_estrutura.asp?id_curso=502. Acesso em: 17 set. 2019.

MARINHEIRO, C. A diferença entre pedofilia e pederastia. 2011. Disponível em: <https://ciberduvidas.iscte-iul.pt/consultorio/perguntas/a-diferenca-entre-pedofilia-e-pederastia/29803>. Acesso em: 14 jun. 2019.

MASSON, C. *Direito penal esquematizado. Parte geral*. 9. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. v. 1.

MINISTÉRIO PÚBLICO. *Campanhas sobre a pedofilia na internet*. Disponível em: <https://www.mpsc.mp.br/campanhas/sobre-a-pedofilia-na-internet>. Acesso em: 14 jun. 2019.

MIRABETTE, J. F.; FABRINI, R. N. Manual de direito penal: parte especial: arts. 121 a 234-B do CP. 27 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. v. 2.

REINALDO FILHO, D. A pornografia infantil virtual e as dificuldades jurídicas para combatê-la. O caso do Second Life. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1527, 6 set. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10358>. Acesso em: 15 jun. 2019.

RELVAS, M. Comércio Eletrônico – Aspectos Contratuais da Relação de Consumo. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

RIBEIRO, L. *Internet no Brasil: Estatísticas e Projeções*. 2019. Disponível em: <https://blog.arrimum.com/internet-no-brasil-estatisticas>. Acesso em: 12 jun. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. *Agravo n. 70000027912*. Segunda Câmara Especial Cível. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Jorge Luís Dall’Agno, 30 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 14 jun. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. *Agravo n. 70013141262*. Sétima Câmara Cível. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Ricardo Raupp Ruschel, 7 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 14 jun. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. *Apelação Crime n. 70018855759*. Oitava Câmara Criminal. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, 25 de abril de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 14 jun. 2019.

ROSA, F. *Crimes de Informática*. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2007.

SANTA CATARINA. *Apelação Crime n. 0008663-89.2014.8.24.0005*. Terceira Câmara Criminal. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Relator: Rui Fortes, 6 de março de 2018. Disponível em: <https://tjsc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/554337080/apelacao-criminal-apr-86638920148240005-balneario-camboriu-0008663-8920148240005/inteiro-teor-554337150>. Acesso em: 14 jun. 2019.

SANTOS, G. de O.; ANDRADE, I. L. M. de; MORAIS, L. A. de. A Responsabilidade Civil dos Estabelecimentos Fornecedores de Serviço de Acesso à Internet nos “Cybercrimes”. *Unieducar*, Fortaleza, ano 11, n. 4880, jan. 2010. Disponível em: <http://www.unieducar.org.br/artigos.asp?cod=2&id=1139>. Acesso em: 13 set. 2019.

SCREMIN NETO, F.; SÁ JÚNIOR, L. I. N. de. Pedofilia: Crime ou Doença? Um mal que assola a escola e envolve o professor. *AKRÓPOLIS: Revista de Ciências Humanas da UNIPAR*, Umuarama, v. 10, n. 4, p. 360-364, out./dez. 2002.

TRINDADE, J.; BREIER, R. *Pedofilia: Aspectos psicológicos e penais*. 2. ed. rev. atual. de acordo com as Leis ns. 11.829/08 e 12.015/09. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2010.

A INTERFERÊNCIA DA JUDICIALIZAÇÃO NA SAÚDE: A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NOS CONFLITOS JUNTO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

Diego Cervelin Minati¹

Roni Edson Fabro²

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar se pode e deve o Poder Judiciário intervir para que o Poder Executivo respeite a sua obrigação constitucional de garantia do direito à saúde, legalmente determinado pelo regimento do Sistema Único de Saúde (SUS), bem como a efetivação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Utilizando-se do método dedutivo e baseando-se em premissas amplas, constata-se que, a princípio, o sistema atualmente não vem sendo respeitado mediante as excessivas demandas decorrentes das intervenções judiciais. Deste modo, tem-se por resultado um ponto de vista peculiar sobre a situação, a qual evidencia a impossibilidade de uma atuação unidisciplinar do assunto. Conclui-se que, exceto as diversas críticas, o Poder Judiciário tem um importante papel e função, devendo junto com os outros poderes desenvolver cooperações, tendo em vista a extrema importância da atuação conjunta para a concretização e efetivação do Sistema Único de Saúde.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Judicialização. Sistema Único de Saúde.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal possui verdadeira força normativa e efetiva, tendo em vista a contínua manutenção e promoção dos direitos constitucionalmente assegurados, principalmente no que concerne

¹ Graduando no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; diegominati@hotmail.com

² Mestre em Relações Internacionais pela Universidade do Sul de Santa Catarina e em Direitos Fundamentais Cíveis pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Doutorando em Educação na Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; Professor no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; Advogado; roni.fabro@unoesc.edu.br

particularmente aos direitos sociais, os quais acabam adquirindo uma posição de direitos subjetivos em sentido pleno, fazendo com que o Poder Judiciário aplique seus julgamentos e decisões, buscando por meio da lei a efetivação universal dos compromissos constitucionais de prestação das garantias sociais.

Tal situação vem sendo denominada pelos juristas e operadores de direito como judicialização e, no caso específico deste artigo, aborda o direito à saúde, restando a limitação do termo propriamente em judicialização da saúde.

Os impactos causados pela judicialização nos casos relacionados à saúde, no Sistema Único de Saúde (SUS) e na gestão pública, a proteção e a efetividade do direito à saúde como um princípio constitucional, tem sido motivo de muitos estudos e trabalhos, observando o crescente e contínuo número de pleitos judiciais que, conseqüentemente, atingem a gestão e o planejamento das políticas públicas.

Diversos especialistas e autoridades, tanto da área jurídica quanto da área médica, já se manifestaram acerca das decisões judiciais que discorrem sobre as políticas públicas, ressaltando a extrema urgência de garantir o desenvolvimento sustentável geracional do SUS. Porém, o que realmente se constata é que o crescente e imparável número de ações e decisões, acaba nem sempre retratando a verdadeira realidade nacional e, muito menos, sequer garante o acesso concreto à saúde.

Há, em curto prazo, uma transferência da responsabilidade que, por sua vez, contribui ainda mais para a desestruturação do sistema de saúde, tendo em vista que as filas que se formavam perante as unidades de saúde passaram a se deslocar para as portas do Poder Judiciário, em busca da efetiva garantia constitucional.

2 SAÚDE

A definição de saúde possui implicações legais, sociais e econômicas dos estados de saúde e doença. A saúde de uma pessoa pode ser verificada

pela própria biologia humana, pelo ambiente social e econômico a que está exposta e convive habitualmente, e pelo estilo de vida que leva, isto é, pelos hábitos de alimentação, cuidados e todos os outros comportamentos que podem ser benéficos ou prejudiciais.

Uma boa saúde está vinculada ao aumento da qualidade de vida. Por um lado, uma alimentação balanceada, a prática cotidiana de exercícios físicos e o bem-estar psicológico são fatores determinantes para um estado de saúde equilibrado. Por outro, as pessoas que convivem em condições precárias de sobrevivência, as quais não possuem saneamento básico, assistência médica adequada, alimentação e água de qualidade, têm a sua saúde seriamente afetada.

Neste atual contexto, observa-se que a saúde e o bem-estar são as maiores e crescentes preocupações da sociedade, onde muitas das pessoas não medem esforços para garantir que o corpo esteja funcionando bem o tempo todo.

O ponto de conflito dessa situação é que a saúde é um conceito de difícil definição, o qual varia de acordo com o órgão, com o indivíduo, com o local, com a época e, até mesmo, com a classe social de quem o conceitua. Desta forma, a definição mais aceita é a que se encontra no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde, a qual define a saúde como o estado de completo bem-estar físico, mental e social, não consistindo somente da ausência de uma doença ou enfermidade. Deparando-se com tal afirmação, tem-se a impressão de estar não diante de um conceito, mas de um desafio. É mais do que um conceito, é uma meta a ser alcançada (SCLiar, 2007, p. 36).

2.1 CONCEITO DE SAÚDE

Nos primórdios da humanidade, dominava o pensamento sobrenatural sobre a saúde e as enfermidades. Conforme Scliar (2007), “Para os hebreus primitivos, as doenças não eram provenientes à ação de demônios, ou de más almas, mas simbolizava, de certa forma, um sinal da ira divina,

diante dos pecados cometidos pelos humanos.” O poder e o controle sobre as doenças eram atribuídas às instituições mágico-religiosas e aos fenômenos decorrentes naturais, sendo a doença vista como uma espécie de controle e condenação divina.

Tempos depois, com base nos manuscritos proporcionados por Hipócrates, pai da medicina como é conhecido, o ponto de vista mágico e místico religioso da saúde e da doença foi alterado, tendo em vista o avanço da noção racional da medicina. Para Hipócrates, o corpo das pessoas é uma unidade organizada de estado, enquanto as doenças seriam a desorganização desse estado, que é ocasionado pela desorganização dos fluídos corpóreos, por condições do ambiente (SCLIAR, 2007, p. 32).

Fazendo referência aos manuscritos de Hipócrates, Rosen (2006, p. 84) ressalta que a doença, até então considerada sagrada, não era mais divina que qualquer outra enfermidade que tivesse causa natural, e que simplesmente atribuir sua origem a instituições supostamente divinas retratava a ignorância humana.

Durante a Idade Média, a orientação religiosa assumia grande controle e poder sobre todas as organizações sociais. Permanecia ainda a percepção de que o estilo de vida e a origem das doenças eram resultados simplesmente dos pecados. Vendo a cura somente como uma questão de fé, algumas colocações de Hipócrates ainda continuavam sendo utilizadas, essencialmente as que resguardam questões sanitárias, higiênicas e alimentares. Nesse mesmo período ocorreu o desenvolvimento da anatomia do corpo humano e a prescrição dos primeiros medicamentos, proporcionando e permitindo o aprofundamento das pesquisas relacionadas aos órgãos, suas funções e seus devidos funcionamentos (SCLIAR, 2007, p. 34).

Entretanto, no final do século XIX, com a invenção do microscópio e a descoberta da existência das bactérias e microrganismos responsáveis pelas doenças, ficou marcado o avanço efetivo dos estudos e pesquisas a respeito

das doenças, suas origens e os procedimentos de tratamentos, sendo na sequência criados diversos tipos de soros e vacinas (ROSEN, 2006, p. 104).

Fatores estatísticos, estudos das epidemias, estabelecimento da profissão médica, fisiológica, avanços tecnológicos, urbanização, epidemias, industrialização e proletarização, péssimas condições sanitárias e expressivas indicações da mortalidade, resultaram em uma revolução sobre a medicina e, em decorrência, propulsaram os avanços científicos (ROSEN, 2006, p. 110-111).

A possibilidade de diagnosticar, compreender, prevenir e curar as enfermidades se tornou uma prioridade, tendo como objetivo fundamental e principal a instauração de medidas de saúde pública e a formação de especialistas em saúde pública que, com a contribuição de soluções do controle social, propiciassem uma melhor saúde e maior qualidade de vida para a coletividade, conforme discorre Scliar (2007, p. 36):

Não existia uma definição universal que fosse aceitável do que é saúde. Para tal seria necessário o consentimento entre as nações, possível de se alcançar somente num organismo internacional. A Liga das Nações, criada após o término da Primeira Guerra, não conseguiu esse propósito: foi necessário ocorrer a Segunda Guerra e a origem da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização Mundial da Saúde (OMS), para que isto ocorresse.

Coube então à Organização Mundial de Saúde (OMS), constituída em 1948, órgão sanitário internacional associado à Organização das Nações Unidas (ONU), conceituar saúde como a condição do mais completo bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de quaisquer doenças (SCLIAR, 2007, p. 36-37).

Contudo, a definição postulada pela OMS é passível de críticas e indagações. A determinação da referida Organização, de definir um conceito mundialmente admitido para o termo saúde, é válida e indispensável no sentido de propor um consenso entre todas as nações sobre o que deveria

ou não ser elencado como doença, promovendo o aumento de pesquisas e tecnologias que proporcionassem um diálogo global sobre a descrição epidemiológica, as características das enfermidades e as pesquisas e testes desenvolvidos e realizados (ROSEN, 2006, p. 158).

A dimensão da definição da OMS propicia, também, que a divisão entre corpo e mente, biológico e social, saúde e doença, sejam solucionadas ao admitir a importância dos campos social e psicológico para o estado íntegro da saúde (SCLIAR, 2007, p. 38).

Todavia, ainda apresenta algumas falhas técnicas, tendo em vista que é impossível reconhecer ou limitar o que pode ser admitido como bem-estar ou mal-estar psicossocial, isso porque os pontos de vista são diversos, de acordo com os pensamentos das pessoas e de seu modo de ver, compreender e dar significado à vida, seus desdobramentos e acontecimentos (SCLIAR, 2007, p. 38).

Desta forma, um médico não deve determinar o que é bem-estar para um de seus pacientes, visto que as opiniões variam e, muitas vezes, são diversas. Acrescenta-se a isso, ainda, a dificuldade de se aplicar o conceito nas esferas políticas e nos serviços de saúde, configurando a saúde em algo ideal e, ao mesmo tempo, de difícil alcance (ROSEN, 2006, p. 198).

2.2 CONCEITO E PRINCÍPIOS DO SUS: NOÇÕES DE ORGANIZAÇÃO DA ASSISTÊNCIA

A sigla SUS significa **Sistema Único de Saúde**, o sistema de saúde pública do Brasil, o qual é composto pelo agrupamento de todas as ações relacionadas à saúde, fornecidas e prestadas pelos órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, de administração direta e indireta, bem como das fundações mantidas pelo Poder Público.

Desde sua criação, o SUS sempre foi visto como uma das maiores conquistas alcançadas pela sociedade, sendo fixada e implantada pela Constituição Federal de 1988, a qual permanece em constante processo de

construção e aprimoramento dos seus âmbitos. Inicialmente, foi inspirada em um projeto do Estado visando ao bem-estar social, caracterizando-se por ser um sistema totalmente contra quaisquer tipos de superioridade, sendo também contrário à visão mercantil, que visa ao lucro e é excludente de classes, centrado essencialmente na recuperação do dano.

Os princípios do SUS são definidos pela Constituição Federal, sendo detalhados na Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, e Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990, conhecidas como Leis Orgânicas da Saúde, as quais visam à democratização das ações e serviços de saúde, que deixaram de ser centralizados e passaram a ser norteados pela descentralização (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2019).

Para melhor entendimento, os princípios podem ser separados em ético-políticos e organizativos.

Na atualidade, compreende-se por princípios ético-políticos do SUS (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2019): a) universalidade do acesso: garantia de acesso aos serviços de saúde para toda a população, abrangendo todos os níveis de complexidade, sem a existência de quaisquer preconceitos, regalia ou privilégio; b) integralidade da atenção: observância e devido cuidado, pelo fato do sistema ser composto por um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos; c) equidade: promoção da igualdade de toda população, tendo em vista o reconhecimento da existência das diversas desigualdades sociais que atingem os mais diversos grupos e indivíduos, buscando a implantação de estratégias para a sua superação; d) participação social: direito de toda a população a participar no controle do sistema, de forma participativa, utilizando-se dos conselhos de saúde, que são vistos como uma forma de instâncias do controle social, acarretando a corresponsabilidade do Estado e de toda a sociedade na produção e desenvolvimento de tudo que diga respeito à saúde.

Quanto aos princípios organizativos dos SUS, vale destacar (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2019): a) intersetorialidade: prescreve o

comprometimento e a dedicação dos diversos setores do Estado envolvidos na produção da saúde e do bem-estar de toda a população; b) descentralização político-administrativa: comando único e atribuições próprias de cada uma das esferas do governo; c) hierarquização e regionalização: estabelece e organiza o método de cuidados com a saúde em geral, dividindo-se por graus e níveis de complexidade, de baixo risco até alto risco, sendo oferecida em toda a área de dimensão territorial, conhecidas popularmente por pontos de Estratégia de Saúde Familiar; d) transversalidade: estabelece a necessidade de uma coerência, complementaridade e reforço específico entre todos os órgãos, políticas, programas e ações de saúde envolvidas.

O SUS representa a concretização de uma nova idealização da saúde no país, como foi colocado pelo próprio conceito de saúde e sustentado pela Reforma Sanitária, em concordância com o conceito do que é qualidade de vida, compreendida como uma conquista histórica da capacidade de se fruir e criar uma vida que atenda aos requisitos dentro dos padrões da dignidade da pessoa humana, as solicitações de trabalho, moradia, transporte e lazer, proporcionando o acesso às ações integrais de saúde e uma educação de qualidade e mecanismos de resolução equilibrada e pacífica dos conflitos (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2019).

Anteriormente, a saúde era compreendida como um estado de ausência de quaisquer doenças, o que focava toda a lógica em torno da cura dos danos à saúde. Esse raciocínio resultava em apenas reparar os efeitos sem dar o devido cuidado às causas, dando lugar então a uma nova concepção de saúde, centralizada na prevenção dos danos e no progresso da saúde (BOORSE, 1977, p. 31).

Dessa maneira, somente a consolidação do Sistema Único de Saúde como um agrupamento de atenção e cuidados com a saúde não é o suficiente para a concretização do direito da população à saúde. São nítidos os indícios que mostram os limites da atuação de um sistema de assistência. O êxito da saúde carece de estar bem estruturada com ações sistemáticas e intersetoriais

do Estado acerca das determinantes sociais da saúde, ou seja, a reunião das razões de ordem econômica, social e cultural que expõem influências diretas e indiretas sobre o estado de saúde da população (BOORSE, 1977, p. 33).

2.2.1 O instrumento de operação e a gestão do Sistema Único de Saúde

As normas que compõem o Sistema Único de Saúde, desde o decorrer da sua criação, permitem a percepção de um constante aperfeiçoamento de seus procedimentos com o passar dos anos. O SUS foi criado e estabelecido constitucionalmente em outubro de 1988. Essa previsão constitucional originou o prognóstico da ausência de novas leis para seu controle, o que se fez necessário e realmente aconteceu e vem acontecendo de fato, mediante a promulgação das Leis n. 8.080 de 19 de setembro de 1990 e n. 8.142 de 28 de dezembro de 1990, as quais constituem a Lei Orgânica da Saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2019).

A compostura operacional do SUS, ante outros aspectos, progrediu por intermédio da edição das Normas Operacionais Básicas, diante da alteração e do aprimoramento da norma anterior. Ocorrendo a primeira edição em 1991, a segunda em 1993 e, por último, a terceira em 1996, foram acompanhadas pela edição posterior do Pacto pela Saúde, publicado no ano de 2006 (BRASIL, 2006).

Procurando responder à necessidade impreterível da real competência da gestão do SUS, em 2006 foi instaurado o Pacto pela Saúde, com a intenção de estabelecer um fator determinante e reforço na gestão solidária entre a União, os Estados e Municípios na gestão do SUS, visando atender às necessidades e às demandas de saúde da população. O Pacto é, portanto, a expressão que presume a corresponsabilidade e a cooperação entre todos os entes federados, com o objetivo de estabelecer estratégias novas

na gestão, no planejamento e no financiamento do sistema, visando ao avanço na consolidação do sistema SUS (BRASIL, 2006).

O Pacto pela Saúde divide-se em três extensões: o Pacto em Defesa do SUS, o Pacto da Gestão do SUS e o Pacto pela Vida, definidos pelos pilares fundamentais e basilares dos direitos humanos, buscando aperfeiçoar a ação política em intermédio do direito à saúde (BRASIL, 2006).

O Pacto em Defesa do SUS determina os compromissos políticos envolvendo a sociedade e o Estado, procurando estabelecer e consolidar a concretização do processo de reforma sanitária, utilizando-se da extensão e aprimoramento das práticas democráticas participativas do SUS (BRASIL, 2006).

O Pacto de Gestão estabelece as responsabilidades de cada gestor federal, estadual e municipal para a devida gestão do SUS, envolvendo as circunstâncias da gestão do trabalho, a educação na saúde, a descentralização, o financiamento, o planejamento, a regionalização, a programação pactuada e a regulação dos serviços e ações de acompanhamento, avaliação, auditoria e controle social (BRASIL, 2006).

Já o Pacto pela Vida tem base no compromisso e na missão de confrontar as situações existentes que afetam as populações mais desamparadas, estabelecendo estratégias e metas para o progresso da igualdade em saúde (BRASIL, 2006).

O Sistema Único de Saúde é um sistema que recepciona toda a nação, porém coincidindo com a responsabilidade e sendo controlado e administrado pelos entes federados. O grande destaque encontra-se nos municípios. Em virtude da grande descentralização, o conjunto de ações e serviços voltados à área da saúde necessitam ser desenvolvidos e debatidos em conjunto das Estratégias de Saúde da Família (ESF's), organizadas em uma rede regional e hierarquizada, a fim de disponibilizar um atendimento competente para toda a população.

O plano assistencial deve ser regionalizado, conforme o grau de complexidade, o que quer dizer que os municípios podem instituir consórcios

para fortalecer as ações e prestar serviços que encontram-se sob sua responsabilidade, sempre buscando a integralidade da assistência, ou seja, os procedimentos e serviços de saúde de baixa complexidade são dispostos à população nas unidades de saúde, próximas ao seu domicílio, enquanto as ações especializadas e de maior complexidade são auferidas por meio de clínicas e hospitais de referência, organizadas pelos responsáveis encarregados nas três esferas de governo (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2019).

2.2.2 Financiamento do Sistema Único de Saúde

O financiamento é um dos elementos essenciais para a gestão do Sistema Único de Saúde. A partir da observação de onde estão sendo aplicados os recursos, é possível identificar precisamente quais necessidades estão sendo atendidas, quais são as prioridades governamentais estabelecidas e o grau de preocupação, interesse e comprometimento da gestão, no que concerne ao interesse público.

O Pacto pela Saúde, divulgado por meio da Portaria GM/MS n. 399, de 22 de fevereiro de 2006, veio justamente para fortalecer os mecanismos de transferência regular e automática de recursos mantidos no Fundo Nacional de Saúde, direcionados para os fundos estaduais e municipais, visto que a transferência regular automática proporciona uma melhor avaliação, fiscalização, auditoria e controle social sobre os gastos em saúde, trazendo consigo como princípios a responsabilidade das três esferas de gestão no financiamento da saúde, a redução das injustiças e desigualdades que ainda perduram no país, e a questão dos repasses entre os fundos das gestões (BRASIL, 2006).

O custeio proposto pelo Pacto pela Saúde é dividido por bloco, sendo eles: a Atenção Básica, a Atenção de Média e Alta Complexidade, a Vigilância em Saúde, a Assistência Farmacêutica e a Gestão do SUS (BRASIL, 2006).

Além do Pacto pela Saúde, a Constituição de 1988 ressalta que a responsabilidade de financiamento da saúde cabe às três esferas de governo:

municípios, Estados e União, os quais devem unir esforços para alcançar a efetiva prestação legal. A Lei n. 8.080/90 dispõe acerca das condições de promoção, proteção, bem como da organização e funcionamento dos serviços, definindo que os recursos a serem repassados ao SUS devem ser suficientes para suprir as suas finalidades, estabelecendo ainda os critérios ao repasse de recursos da União para os Estados e municípios, indicando que a metade deve ser repassada de acordo com o número de habitantes (BRASIL, 1990).

Da mesma forma, a Lei n. 8.142/90, que trata da participação da população na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS), complementa que os recursos da saúde devem ser repassados de forma automática e regular, sendo devidamente gastos com ações e serviços de saúde, os quais poderão ser realizados conforme as ações previstas pelos planos municipais de saúde aprovados pelo Conselho (BRASIL, 1990).

Portanto, as ações e os serviços de saúde executados pelos Estados, municípios e pelo Distrito Federal, são financiados com recursos próprios da União, Estados e municípios, bem como de outras fontes suplementares de financiamento, todos contemplados no orçamento da seguridade social. Cada esfera governamental tem a obrigação de assegurar o aporte regular de recursos ao respectivo fundo de saúde, conforme dispõe a Emenda Constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000 (BRASIL, 2000).

Uma das principais inovações impostas pela Emenda Constitucional n. 29 é a definição do percentual mínimo a ser investido pelos gestores, a definição do que é ação e serviço em saúde e a constitucionalização do Fundo de Saúde, com a Participação da Comunidade (BRASIL, 2000).

Estes são os instrumentos de gestão dos fundos de saúde, pois controlam os recursos que são destinados ao custeio das ações e serviços públicos voltados à área da saúde presentes nas três esferas de poder, sendo obrigatória por força de artigos legais e constitucionais a sua existência nas esferas estaduais e municipais, para recebimento e posterior movimentação dos recursos financeiros do SUS.

Os Fundos proporcionam aos gestores a visualização de forma clara dos recursos que estes dispõem para as atribuições das ações e serviços voltados à saúde, podendo acompanhar e controlar as fontes de receitas, os seus valores e as datas de entrada, bem como todas as despesas realizadas e os recebimentos financeiros aplicados, sendo de extrema importância reconhecer, na gestão dos recursos do fundo de saúde, que os recursos financeiros atribuídos às ações e serviços precisam constantemente ser aprimorados com um planejamento totalmente voltado ao atendimento das necessidades de saúde do povo.

2.2.3 A saúde como direito humano fundamental

A constante luta pelos direitos humanos, assim como a sua afirmação, vem se desenvolvendo ao longo da história, sempre marcada por progressos e retrocessos, conforme o estado de desenvolvimento da cidadania em determinado momento histórico.

Independente disso, sempre perdurou uma consonância dos pensamentos doutrinários, de que a noção de direitos humanos engloba um mínimo de garantias inerentes à vida, à liberdade e ao convívio em sociedade, onde sem estes não há a possibilidade de realização e nem busca da felicidade da população (DALLARI, 2008).

Os escritos e textos mais arcaicos que declaravam os direitos à saúde não traziam qualquer citação a respeito da proteção sanitária, em virtude de que as maiores preocupações da época eram voltadas ao plano político das limitações dos poderes monárquicos. Posteriormente, a Declaração de Direitos da Revolução Francesa, que ratificava os direitos de liberdade, igualdade e fraternidade em consonância ao regime absolutista, mais uma vez não trazia consigo qualquer menção referente à proteção sanitária (DALLARI, 2008).

Somente em 1948 foi assumida uma posição formal em prol do direito à saúde, por meio do art. XXV³ da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Com relação a este artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Dallari (2008) certifica que é necessária a garantia da saúde para uma vida digna e para se alcançar a plena felicidade do homem. Acrescenta expondo que o artigo XXV da Declaração caracteriza e reconhece a saúde como direito humano fundamental.

No mesmo sentido, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ratificado pelo Brasil por meio do Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992, trata do direito à saúde, indicando os mecanismos adequados para garantir o seu íntegro exercício, definindo em seu art. 12⁴ os Estados que fazem parte do Pacto, reconhecendo o direito de toda pessoa de usufruir do mais elevado nível de saúde física e mental (BRASIL, 1992).

Para alcançar a proteção absoluta à saúde das pessoas, o Pacto estabelece de forma obrigatória que os Estados adotem todas as medidas necessárias para que se alcance a redução da mortalidade infantil e da mortinatalidade, a melhoria de forma geral das circunstâncias de higiene do trabalho e do meio ambiente, a prevenção e tratamento de todas as doenças epidêmicas e endêmicas existentes e as que possam vir a surgir e a criação de

³ Artigo XXV. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

⁴ Artigo 12. 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.
2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:
a) A diminuição da mortinatalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento é das crianças;
b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;
c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;
d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade (BRASIL, 1992).

condições que possibilitem à toda população assistência médica e serviços medicinais de qualidade (BRASIL, 1992).

Observa-se a evolução e o desenvolvimento do conceito de direito à saúde, diante do século XIX. Porém, no século XX, com a ocorrência das duas Guerras Mundiais e seus impactos devastadores, a sociedade global sentiu a necessidade de providenciar um novo tratado diante da Organização das Nações Unidas (ONU). Esta, por sua vez, incrementou a criação de órgãos especiais com o propósito de promover todas as garantias de direitos considerados fundamentais ao ser humano (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Deste modo, a saúde passou a ser desígnio da Organização Mundial da Saúde, que a elencou como o primeiro preceito básico à felicidade, à convivência harmoniosa e à segurança de todas as pessoas, conforme consta na Constituição da Organização Mundial da Saúde, acolhida pela Conferência Internacional de Saúde, ocorrida em Nova Iorque, entre os dias 19 e 22 de julho de 1946 (DALLARI, 2008).

Mesmo o Brasil tendo assinado e reconhecido as disposições da Declaração Universal e os Pactos mencionados, levou muito tempo para tomar decisões legislativas internas que garantissem aqueles direitos pronunciados como dignos de proteção. Nesse entremeio de apatia legislativa, se observou uma movimentação na esfera jurídica-social com a implantação de um sistema de reforma sanitária, do qual merece um realce as ações desenvolvidas desde os anos 80. Dallari (2008) sustenta que a saúde se constitui direito fundamental da pessoa humana, requerendo providências tanto administrativas quanto legais para garantia de forma efetiva a sua proteção nos planos preventivos e curativos das doenças que colocam em risco não tão somente a saúde individual, mas a seguridade coletiva.

Posteriormente, com a promulgação da CF de 1988 (BRASIL, 1988), a dignidade da pessoa humana foi colocada como um dos princípios basilares

do estado democrático de direito conforme o seu art. 1º,⁵ III, elencando os direitos e garantias fundamentais partindo do direito à vida, consoante ao caput de seu artigo 5º.⁶

Conforme Silva (2012, p. 292), não remanescem dúvidas da relação do direito fundamental à saúde como princípio da dignidade da pessoa humana, tendo este como sua sustentação, afirmando que garantindo o direito à saúde se estará ao mesmo tempo reconhecendo a dignidade da pessoa humana, como já determina o texto constitucional e reconhecendo a garantia do direito à saúde como uma das condições mínimas para se ter uma vida digna, perdurando um vínculo intrínseco entre um e outro.

Dessa maneira, a Constituição Federal promove a saúde ao patamar de direito fundamental, especialmente quando se realiza uma avaliação sistemática de seus arts. 5º e 196,⁷ considerando que o indivíduo é seu detentor, enquanto o Estado é seu devedor, enfatizando a responsabilidade de cada um de zelar por sua própria vida e saúde, bem como de contribuir para uma boa saúde coletiva, cabendo, em contrapartida ao Estado, a garantia e resguardo da saúde do cidadão e de toda a coletividade (BRASIL, 1988).

Restando reconhecido, portanto, em dispositivos claros da Constituição Federal, que a garantia à vida e à saúde prevalecem, cabe ao Estado prestar de forma efetiva esse direito em todos os seus âmbitos, por meio de medidas de caráter preventivo e em medidas curativas para condições físicas e psíquicas inerentes a uma vida digna de uma pessoa que se encontra em agravo, garantindo o direito humano à saúde (BRASIL, 1988).

⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana; [...] (BRASIL, 1988).

⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] (BRASIL, 1988).

⁷ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

Ainda conforme Dallari (2008), é notória a dificuldade que se tem para garantir o direito quando se considera a imensidade do significado do termo saúde e a complexidade do direito à saúde que decorre do delicado equilíbrio entre a igualdade e a liberdade, ficando este direito entreposto pela conveniência de reconhecimento pelo Estado, o qual observa cada comunidade em particular, analisando as suas necessidades e exigências:

Sendo, portanto, necessário que a saúde tenha um conceito em cada comunidade. Visto que, tanto a saúde como o direito à saúde só podem ser determinados em cada comunidade particularmente. Como a garantia do direito exige sua conceituação, o direito à saúde somente será assegurado numa organização estatal e social que ajude o poder local, uma vez que a responsabilidade deve ser determinada para que o direito seja assegurado.

Ainda, a Constituição da Organização Mundial da Saúde (1946), promulgada em 1948, corrobora que o melhor estado de saúde que se pode atingir é aquele que constitui a saúde como direito fundamental de todo o ser humano, sem separações por raças, religiões, posicionamentos políticos e de condições econômicas e sociais. Isto quer dizer que a saúde é essencial para se chegar a um estado de paz e de segurança, o qual depende da cooperação pessoal de todos os indivíduos e do Estado, tendo, então, o governo, a responsabilidade pela saúde de seu povo, a qual somente pode ser garantida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e adequadas.

3 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

O acesso à saúde pela via judicial no Brasil vem ganhando grandes proporções, em decorrência das crescentes polêmicas, trazendo como ponto de discussão a atuação do Poder Judiciário em relação à garantia e efetividade do direito à saúde.

Conforme Marques (2008), o exercício do direito à saúde no decorrer dos anos vem ganhando proporções jamais vistas, estimulando os juristas a enfrentarem questões do Direito Sanitário e de políticas públicas de saúde nos três níveis de governo que, em contrapartida, na mesma forma, vem impondo aos administradores públicos de saúde o atendimento à garantia de forma efetiva deste direito social, por meio de decisões proferidas pelo Poder Judiciário que, muitas vezes, defronta-se com as políticas de assistência à saúde e com o desempenho do sistema político.

Em razão disso, o Conselho Nacional de Justiça vem analisando e fiscalizando as ações judiciais na área da saúde, principalmente com o que se refere aos setores que mais demandam ações na Justiça, os quais, em sua maioria, são os pedidos direcionados ao Sistema Único de Saúde e aponta dados e levantamentos de ações judiciais de saúde que constata a existência de mais 498.715 processos de primeira instância distribuídos em 17 tribunais de justiça estaduais e 277.411 processos de segunda instância, distribuídos entre 15 tribunais de justiça estaduais (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018).

Neste sentido, pode-se observar os dados divulgados pelo Ministério da Saúde no Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, do Conselho Nacional de Justiça os quais apresentam que, entre 2008 a 2017, houve um aumento de 130% no número de ações judiciais contra a União no que diz respeito à garantia do atendimento de cidadãos pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Destaca, ainda, que embora o crescimento ao longo dos anos seja vasto, os números que refletem os gastos do Ministério da Saúde registraram um crescimento, neste período, de aproximadamente treze vezes os gastos com demandas judiciais, alcançando R\$1,6 bilhão em 2017 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018).

Tratando sobre a enorme quantidade de ações judiciais ligadas à proteção da saúde individual, os pedidos formulados nem sempre possuem previsão normativa para a sua tutela exata, o que faz com que o seu deferimento

cause o desvio indevido de recursos para atender a decisões judiciais em detrimento do sistema coletivo de saúde (PIVETTA, 2014, p. 42).

Tal efeito negativo ocorre em razão da inexistência de soluções generalizantes envolvendo qualquer que seja o direito social, ou seja, sempre surgirão pedidos com aspectos específicos e únicos, os quais não podem ser previstos com antecedência, cujo deferimento irá afetar a alocação dos recursos públicos, sendo este um dos principais problemas do processo de judicialização do direito à saúde: a ausência de uma análise criteriosa da realidade social e da realidade da máquina pública (PIVETTA, 2014, p. 42).

Posto isto, Barroso (2008) defende a ideia de que deve existir limites impostos pela capacidade institucional do Judiciário, visto que o Brasil, como Estado democrático, se institui em um modelo de separação de Poderes e as funções estatais de legislar, administrar e julgar são atribuídas a órgãos distintos, especializados e independentes.

Desta maneira, devem os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário desempenhar um controle de forma recíproca quanto às atividades individuais, de forma a impossibilitar o surgimento de instâncias hegemônicas, que coloquem em risco a democracia e os direitos fundamentais, tendo em vista que os três Poderes interpretam a Constituição com suas funções voltadas de forma respeitosa para promover os fins previstos por ela (BARROSO, 2008).

Nesta perspectiva, Barroso (2008) considera que, formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre resguardaram a sua competência para as decisões definitivas, mas em situações como as descritas, deveriam considerar as manifestações dos outros poderes, de forma a proporcionar espaço para juízos discricionários atribuídos de razoabilidade, pois entende que em questões nas quais tenha havido estudos técnicos e científicos, o aspecto da capacidade institucional deve ser analisado da forma mais criteriosa possível.

3.1 A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO JUNTO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

O artigo 1^º da Constituição Federal de 88 traz a ideia de Estado Democrático de Direito, o qual contém um esboço de dois conceitos, sendo um deles o Constitucionalismo, onde seus fundamentos traduzem a limitação do poder, a supremacia da lei e o da democracia, que se caracteriza pela soberania da vontade do povo e governo da maioria, onde todo o poder emana do povo, conceito este positivado pela Constituição de 1988 em seu parágrafo único do artigo 1^º (BRASIL, 1988).

Resultante disso, Barroso e Barcellos (2003) admitem que todo o poder político deve provir das pessoas que organizam e se alternam no poder, por meio da manifestação popular que, por meio do voto, elegem seus representantes para isso. Tendo o chefe do poder executivo, assim como os membros do poder legislativo, sendo escolhidos pelo voto do povo, enquanto os membros do Poder Judiciário, por critérios técnicos e pela regra geral, não são escolhidos por meios eletivos.

Consequentemente, a ideia de governo que é realizado pela maioria do voto do povo somente se diz em respeito aos poderes Executivo e Legislativo, aos quais compete a elaboração das leis, a alocação dos recursos e a formulação e execução das políticas públicas, inclusive as políticas de saúde (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

⁸ Art. 1^º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, Barroso (2008) aborda a questão da interferência do Poder Judiciário nas decisões e providências tomadas pelos poderes Legislativo e Executivo, instituindo e invalidando ações administrativas e políticas públicas a estes confiados, concluindo que:

O Poder Judiciário deve sempre intervir quando um direito fundamental não estiver sendo resguardado e cumprido, especialmente se ofendido o mínimo existencial de qualquer pessoa. Onde se o legislador tiver feito colocações e escolhas válidas, sobre o choque de direitos e princípios, o Poder Judiciário deverá atender ao que é solicitado respeitando o Princípio Democrático.

Assim, compreende-se que não cabe ao Poder Judiciário refazer as escolhas atribuídas aos demais Poderes, competindo-lhe tão somente a coibição dos abusos, tendo em vista que a divisão dos poderes fortalece a democracia nacional e o constitucionalismo, provocando em decorrência disto uma pequena limitação entre os poderes que, ao mesmo tempo em que buscam se autorregular, se chocam na procura da garantia dos direitos fundamentais.

3.2 MÍNIMO EXISTENCIAL VERSUS A RESERVA DO POSSÍVEL

As atuais doutrinas positivistas brasileiras primam pela efetividade, procurando fazer com que as leis constitucionais sejam aplicadas de forma direta e imediata, com aplicação máxima, assim como comprovam que as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, contendo alguns procedimentos que podem ser infringidos em decorrência da ação ou omissão, podendo então ser buscado o juízo para requerer a reparação, tendo em visto que a Constituição Federal criou direitos subjetivos que envolvem os direitos individuais, políticos, sociais e difusos, que por sua vez são exigíveis do Poder Público ou do Particular. Deste modo, conforme Barroso (2008), o Poder

Judiciário recebe o papel de ser ativo e decisivo para concretizar as normas constitucionais e, em consequência, garantir o direito à saúde.

Porém, estas doutrinas que primam pela efetividade passaram a adaptar-se às novas formulações legislativas que abrangem os fatos e fenômenos que vem ocorrendo atualmente, como as questões de divergências entre as normas que envolvem muitas vezes princípios e direitos fundamentais, acarretando a necessidade de ponderações para sua resolução, surgindo o princípio do mínimo existencial.

Em vista disso, se identifica evidentemente divergências entre os preceitos protegidos pela Constituição, conforme as palavras de Ré (2010):

De um lado está o direito do cidadão e o direito da prestação de serviços que assegurem a vida e à saúde. Enquanto do outro lado, encontra-se o dever e poder do Estado de administrar os limitados recursos que são disponíveis, para restabelecer efetivamente a prestação universal da saúde de modo, a alcançar toda a coletividade sem desconsiderar o princípio da legalidade orçamentaria, observando que as quantias disponíveis não são infinitas.

É nesse ponto que surge o Princípio da Reserva do Possível, que se traduz no limite que é posto ao Estado para concretizar de forma efetiva os direitos fundamentais à prestação, tendo a sua origem na Constituição Alemã, que vem constantemente sendo utilizada pela brasileira, inclusive nas deliberações da Suprema Corte que não deixa de sofrer ainda algumas críticas, quando aplica de maneira limitada o direito sem a apropriada descrição do contexto e a comprovação da falta de recursos pelo órgão que é demandado (RÉ, 2010).

Nesta mesma direção, Lopes (2010), explana sobre os direitos fundamentais:

Veja que, apesar de que as decisões se encontram ligadas juridicamente, é correto que a sua concretização está submetida dentre outras condições à reserva do

financeiramente possível. Nesse sentido, as pretensões direcionadas a criação de pressupostos fatídicos necessários para o exercício de determinado direito estão subordinados à reserva do possível.

Dessa forma, Ré (2010) entende que não se pode contrapor a concretização dos direitos fundamentais utilizando-se o fundamento de que eles possuem um determinado custo, mas que é necessário criar delimitações acerca de quais e como os direitos fundamentais sociais podem ser melhor aprimorados em uma sociedade que contém escassos recursos e uma imparável crescente de necessitados.

Portanto, vale destacar a importância destas colocações, visto que há a existência de um limite que abrange ou se retrai conforme a organização das prioridades que lhe são dadas, devendo essas prioridades, de forma organizada, ser o verdadeiro foco da população e do Poder Judiciário para buscar a garantia do direito à saúde.

3.3 DIREITO INDIVIDUAL VERSUS DIREITOS COLETIVOS

Para encerrar as controvérsias decorrentes das demandas judiciais no setor da saúde, por um lado resta perguntar como vem sendo realizada a avaliação dos direitos individuais perante os direitos coletivos, na perspectiva de se verificar um requerente de forma visível no âmbito do direito individual. Por outro, há um número de pessoas espalhadas por toda a sociedade, aguardando passivamente o cumprimento das providências contidas nas políticas públicas.

Em muitos casos, o que se percebe é o privilégio dado para algumas pessoas, revelando uma realidade dramática na qual fica em jogo a vida e a saúde de uns contra o direito à vida e à saúde de outros, onde cada decisão somente atende imediatamente às necessidades da parte que buscou o juízo,

porém, coletivamente, impede o aprimoramento do Estado para a promoção da saúde pública e das demais políticas universalistas, conforme Barroso (2008):

De fato, a jurisprudência brasileira sobre a autorização de medicamentos seria baseada em uma abordagem individualista dos problemas sociais, quando o uso eficiente de recursos públicos escassos deve ser concebido como política social fosse, sempre orientada pela avaliação do custo/benefício.

Corroborando isto, Barroso (2008) ainda ressalta que o juiz é como um ator social que apenas analisa casos concretos utilizando a micro justiça, cuja administração é mais fortemente influenciada pela administração pública, devendo executar políticas públicas de saúde de acordo com as diretrizes para reduzir as desigualdades sociais.

O que se observa é que o Poder Judiciário, quando desempenha o papel principal na implementação das políticas públicas, prefere proteger somente aqueles que têm acesso qualificado à justiça, seja porque eles conhecem seus direitos ou seja porque podem arcar com as custas legais, servindo mais à classe média do que aos pobres, que acabam sendo excluídos, na medida em que o governo transfere os recursos que lhes proporcionariam para um programa institucionalizado de cumprimento de decisões judiciais.

Observa-se ainda que na situação atual vive-se um aumento significativo do individualismo. Isso ocorre porque os assuntos considerados coletivamente são tratados como se pertencessem a uma ordem individual, que continua a afetar os programas e estratégias existentes.

Deste modo, afim de se alcançar abordagem mais ampla e coletiva, há de se vislumbrar a potencialidade das ações coletivas como uma das formas de proteção possíveis de serem utilizadas a fim contemplar a garantia do direito à saúde.

Dessa maneira cabe ressaltar que as ações coletivas foram entendidas por Ré (2010), como a principal referência em termos processuais

para defesa do direito e proteção da saúde, tendo em vista a oportunidade que desta advém, e o potencial resultado universal tão procurado em termos de adimplemento desse direito. Nesse sentido, as Ações Civis Públicas têm obtido destacada importância, principalmente, pelo fato de levarem para o Poder Judiciário o pleito de efetivação de direitos fundamentais sociais estipulados pelo texto constitucional.

Resta evidente que o Pacto pela Saúde preconiza uma dimensão coletiva, universal, equânime e que seu adimplemento enquanto direito social seja pautado na justiça distributiva, porém, apresenta tão somente algumas ferramentas sintéticas para o gerenciamento do SUS, não fornecendo expressamente orientações para a atuação do Poder Judiciário, de forma a limitar a sua atuação quando o assunto em pauta é a saúde. Deste modo, não viabilizam e facilitam o acesso a informações e análises do sistema, que poderiam ampliar as possibilidades de ações éticas, jurídicas e técnicas, podendo atender uma grande demanda de pessoas de forma coletiva, colaborando ainda para uma melhor estruturação do sistema como um todo (DALLARI, 2008).

4 CONCLUSÃO

Verifica-se uma relação entre o excedente número de demandas processuais em relação às políticas de saúde e as diversas dificuldades particulares do setor.

Com o início da discussão logo na conceituação do termo saúde, revela-se um dilema conceitual que reflete no escopo desse direito, expresso na Constituição de 1988, tendo em vista que a abordagem da OMS é amplamente adotada pelos profissionais de saúde como um perfeito bem-estar biológico, mental e social, passível de diversas críticas em virtude de sua falta de materialidade.

No entanto, como se já não bastasse o termo saúde não ter uma conceituação consensual, também lhe falta uma definição jurídica, não havendo uma posição hegemônica na doutrina, sequer referente às formas de prestação, limites e verdadeiras necessidades, inclusive quanto aos possuidores e prestadores deste direito.

Essa imprecisão influencia diretamente o volume das demandas que inundaram o Poder Judiciário com várias queixas nos últimos anos, levando a uma ampla variedade de decisões que buscam alcançar o resultado desejado na Constituição Federal, conforme a previsão do artigo 196, tendo a saúde como direito de todos e um dever do Estado.

Ainda, pode-se apontar mais uma conclusão deste artigo, ao realizar uma análise, mesmo que superficial do artigo 196 da Constituição Federal, que sob o ponto de vista de alguns doutrinadores está sendo interpretado aos pedaços no dia a dia, se pressupõem também que esse direito seja garantido através de políticas públicas, onde observa-se estar o verdadeiro alvo a ser perseguido pelo judiciário.

Portanto, com relação ao princípio do Estado Democrático do Direito e à divisão tripartite dos poderes, o Poder Judiciário deveria exigir o cumprimento ou implementar políticas de saúde pública como o direito de todos e não apenas a lei daqueles que o buscam, especialmente quando se sabe que, dada a realidade nacional, nem todas as pessoas tem acesso à justiça.

A concessão do direito à saúde, conferida individualmente por meio de decisões judiciais expressas por juízes, contraria um dos princípios mais básicos do Sistema Único de Saúde: a universalização, favorecendo somente aqueles que têm acesso ao Poder Judiciário, causando, em decorrência, desvantagens para aqueles que buscam a efetivação de seus direitos por meio de políticas universais e violando, ainda, os princípios de justiça e igualdade previstos na Constituição Federal.

Torna-se claro que a excessiva judicialização pode levar o SUS, que já é um sistema comprometido, a uma maior desestruturação. Desta

forma, o presente artigo identificou os pontos que precisam de reflexão e que merecem a atenção dos juristas, para que eles também possam desenvolver o fortalecimento do sistema que defende um dos direitos mais importantes, que é o direito à vida.

Contudo, não basta somente reconhecer e discutir as dificuldades, sendo necessário propor pontos de partida em busca da implementação de novos rumos e, assim, por meio do debate da judicialização, procurar novas ferramentas que possam ser utilizadas para o fortalecimento da política universal, de forma que efetivamente atenda às necessidades de toda a população.

Deste modo, tem-se que as Ações Cíveis Públicas são uma boa forma para defender as solicitações coletivas, podendo ser excelentes aliadas para a garantia, permitindo que as decisões e definições das necessidades locais passem por conselhos municipais de saúde e outros meios de participação da população, que tem o potencial de auxiliar na concretização do ambíguo conceito de saúde.

Além do mais, as ferramentas de gerenciamento recomendadas para o planejamento eficaz do SUS, também poderiam incluir parâmetros para a atuação do Poder Judiciário, controlando o acesso efetivo da sociedade aos bens e serviços do campo da saúde. Os programas elaborados no âmbito do plano plurianual, juntamente com as demais legislações orçamentárias aprovadas pelo Poder Legislativo, deveriam ser monitoradas quanto ao seu cumprimento, uma vez que geralmente são desrespeitadas e que poderiam pelo menos servir de base para as prestações de serviços na área.

Por fim, conclui-se que os objetivos deste artigo foram alcançados, na medida em que foi possível refletir a situação atual do Poder Judiciário perante as necessidades e as demandas que envolvem saúde, uma vez que o reconhecimento dos problemas é o pontapé inicial para a reprogramação do sistema.

Verifica-se que é preciso trabalhar pela formulação de uma solução para os principais problemas da judicialização, a fim de que o projeto constitucional possa voltar aos seus eixos e de que a desigualdade social não seja fortalecida pelo próprio Poder Judiciário.

O fortalecimento de meios administrativos e a preferência por ações coletivas são algumas ideias que podem ser mais bem desenvolvidas. É preciso aceitar que, não importando qual solução seja adotada, não será possível deixar todos os cidadãos felizes, contudo, em longo prazo, a prioridade do bem comum sobre o bem individual é a melhor resposta, devendo ser o guia para a adoção de qualquer medida de amenização dos efeitos negativos da judicialização.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, 2003.

BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*, Brasília, DF: OAB Editora, n. 4, 2008. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

BOORSE, C. *Health As a Theoretical Concept*. Newark: University Delaware, 1977. Disponível em: https://bioetyka.uw.edu.pl/wp-content/uploads/2014/10/06_BoorseHealthConcept.pdf. Acesso em: 18 jun. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 set. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc29.htm. Acesso em: 12 abr. 2019.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/com1988/index.htm>. Acesso em: 12 abr. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 26.042, de 17 de dezembro de 1948. Dispõe sobre os Atos firmados em Nova York a 22 de julho de 1946, por ocasião da Conferência Internacional de Saúde. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 dez. 1948. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Dispõe sobre os Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 6 jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 12 abr. 2019.

BRASIL. Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 28 dez. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm. Acesso em: 12 abr. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n. 399, de 22 de fevereiro de 2006. Divulga o Pacto pela Saúde 2006 – Consolidação do SUS e aprova as Diretrizes Operacionais do Referido Pacto. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 fev. 2006. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt0399_22_02_2006.html. Acesso em: 10 maio 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2018*: ano-base 2017. Brasília, DF: CNJ, 2018. Disponível em: paineis.cnj.jus.br/index.htm. Acesso em: 10 maio 2019.

DALLARI, S. G. A Construção do Direito à Saúde no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, n. 3, p. 9-34, 2008. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13128>. Acesso em: 20 jun. 2019.

LOPES, M. C. *Judicialização da saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARQUES, S. B. Judicialização Do Direito À Saúde. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo v. 9, n. 2, p. 65-72, jul./out. 2008.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Sistema Único de Saúde (SUS): estrutura, princípios e como funciona*. 2019. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>. Acesso em: 18 abr. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)*. Princípios basilares para a felicidade dos povos, para as suas relações harmoniosas e para a sua segurança. Nova Iorque, 22 jul. 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMSOrganiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswwho.html>. Acesso em: 12 abr. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Assembleia Geral das Nações Unidas, 10 dez. 1948. Disponível em: <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html>. Acesso em: 20 maio 2019.

PIVETTA, S. L. *Direito Fundamental à Saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RÉ, M. C. Direito à Saúde: Critérios Para A Tomada De Decisões Judiciais. *Revista ANPR*, [s. l.], v. 2, p. 1-20, 2010. Disponível em http://www.anpr.org.br/portal/components/com_anpronline/media/ARTIGO_MonicaRe_Direitoasaude_1.pdf. Acesso em: 15 ago. 2019.

ROSEN, G. *Uma história da saúde pública*. São Paulo: Hucitec, 2006.

SCLIAR, M. História do Conceito da Saúde. *Physis: Revista Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 29-41, 2007.

SILVA, J. A. da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

A NATUREZA JURÍDICA DOS ANIMAIS E A POSSIBILIDADE DE SEREM CONSIDERADOS SERES SENCIENTES NO BRASIL: UMA COMPARAÇÃO ENTRE O ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE NO BRASIL E A NOVA LEI N. 8/2017 DE PORTUGAL

Josiane Karine Land¹

Thiago Pires Canal²

Resumo: O presente artigo possui como finalidade abordar a possibilidade de animais serem considerados seres vivos dotado de sensibilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Grande parte da doutrina, assim como o Código Civil Brasileiro, ainda tratam os animais como meros objetos materiais, coisas. Porém, defende-se a superação desse status ultrapassado imposto ao animal, assim, busca-se o reconhecimento de sua capacidade de ter percepções conscientes do que lhe acontece e de ter sentimentos. Para isso, faz-se necessária uma comparação entre o tratamento jurídico brasileiro dado aos animais e o de Portugal, especialmente com a Lei n. 8/2017. Ainda, analisa-se o ordenamento jurídico brasileiro acerca da proteção animal e explora-se o direito comparado, pretendendo confrontar a tutela aos animais exercida no Brasil com a exercida em outros países, especialmente, em Portugal. Identificam-se os motivos que demonstram a necessidade de se protegerem os animais, buscando, assim, comprovar a exigência de uma tutela mais eficaz a estes. Decorrente disso, com este documento se objetivou dilucidar sobre a possibilidade de mudança no ordenamento jurídico brasileiro a respeito da natureza jurídica dos animais, comparando com o ordenamento de Portugal. A metodologia seguida consubstancia-se na utilização do método dedutivo por meio da análise de doutrinadores e entendimentos.

Palavras-chave: Animais. Senciência. Direito comparado. Direitos dos animais. Proteção jurídica.

¹ Graduando Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; josi.land2014@gmail.com

² Mestrando em Direitos Fundamentais Sociais na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor na Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; Advogado.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil vive em constante crescimento no número de maus tratos e desrespeito aos animais. Em razão da maneira como estes são tratados e como as pessoas e o ordenamento jurídico brasileiro os consideram é que se faz necessária uma comparação com a nova lei dos animais de Portugal, a fim de verificar como seria se no Brasil os animais passassem a ser considerados seres sencientes.

Em grande parte da doutrina e em todo o ordenamento jurídico brasileiro, os animais ainda são tratados como meros objetos materiais e possuem a atribuição de “coisa”. Porém, defende-se uma mudança na postura do Direito brasileiro em prol de se afirmar que a senciência é uma característica presente em seres do reino animal também e que, assim, os animais não devem ser mais considerados apenas coisas, mas seres vivos possuidores de sensibilidade.

O objeto deste trabalho é abordar a possibilidade de animais serem considerados seres vivos dotados de sensibilidade no ordenamento jurídico brasileiro, assim como em Portugal.

A abordagem do tema em pesquisa justifica-se pelo fato de que os animais, assim com os seres humanos, têm direito à vida, à proteção, ao bem-estar e a todos os cuidados essenciais para sua sobrevivência. Ainda, não são apenas objetos e devem ser respeitados de todas as formas e em todos os lugares.

Nesse sentido, a fim de mostrar o quão ineficazes são as normas de proteção animal no Brasil, pretende-se explorar o status jurídico conferido aos não humanos no panorama jurídico brasileiro atual, que atribui a condição de “coisa” a tais animais e debater se eles podem ser entendidos como seres dotados de senciência no ordenamento brasileiro.

Para tanto, pretende-se uma comparação com o novo estatuto jurídico dos animais de Portugal (Lei n. 8/2017), o qual foi de fundamental

importância para os animais daquele País. E como em Portugal, no Brasil também é preciso repensar que os animais merecem uma proteção mais digna.

A metodologia empregada para a realização desta pesquisa consiste em uma abordagem dedutiva, que partirá da análise de doutrinadores e entendimentos, visando aprofundar a discussão sobre o tema.

O estudo será dividido em seções, inicialmente trata sobre o sistema jurídico brasileiro acerca da natureza jurídica dos animais e a proteção dada a eles no Brasil, abordando as principais leis sobre o assunto. Após, segue para a análise do novo estatuto jurídico dos animais de Portugal, apresentando como ocorreu a criação da Lei n. 8/2017, trazendo, assim, uma comparação entre o ordenamento jurídico brasileiro e o português.

Por fim, será explanada a importância de no Brasil os animais não humanos serem considerados seres sencientes e a possibilidade de mudança do status animal no ordenamento jurídico brasileiro.

2 ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ACERCA DA PROTEÇÃO ANIMAL E A SUA NATUREZA JURÍDICA

O direito dos animais é um assunto de interesse ambiental, social e cultural, além de jurídico. A situação jurídica dos animais no Brasil foi estabelecida inicialmente a partir da publicação do Código Civil (BRASIL, 1916) no qual os animais eram tidos como coisas, bens semoventes, objetos de propriedade e outros interesses alheios.

A primeira legislação brasileira relativa a coibir a crueldade contra os animais foi o Decreto n. 16.590 (revogado) (BRASIL, 1924) o qual regulamentava as Casas de Diversões Públicas. Com esse decreto, houve a proibição das corridas de touros, garraios e novilhos, brigas de galos e canários, dentre outras diversões que causassem sofrimento aos animais.

Porém, o reconhecimento em Lei de que qualquer espécie animal não pode ser submetida a maus-tratos ocorreu somente com o Decreto-Lei n. 24.645 (BRASIL, 1934) do Governo de Getúlio Vargas.

Esse decreto estabeleceu uma proteção aos animais tanto na esfera penal quanto na civil. Um dos principais pontos do documento é o artigo 2º, §3º, que fala que quem deve representar os animais como um substituto legal é o Ministério Público. O mesmo decreto, que é de suma importância, definiu em 31 incisos em seu artigo 3º o que seriam as condutas de maus-tratos.

Ainda, diante da necessidade de defesa dos animais em um plano internacional, a Unesco promulgou, em 27 de janeiro de 1978, em sessão realizada em Bruxelas (Bélgica), a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, com o propósito de vedar e frear crueldades aos animais dentro do ordenamento interno de 21 países (incluindo o Brasil). O documento cuidou de estabelecer premissas para a tutela dos animais, vedando o seu extermínio e a sua submissão a maus-tratos ou a atos cruéis.

O documento aborda, em especial em seu artigo 1º, que “Todos os animais nascem iguais perante a vida e têm os mesmos direitos à existência” e também em seu artigo 2º, no qual dispõe sobre a relação do homem com os animais e que os animais possuem direito à proteção do homem.

Apesar de composta por disposições notáveis, como os artigos que determinam que “se for necessário matar um animal, ele deve de ser morto instantaneamente, sem dor e de modo a não provocar-lhe angústia” (art. 3º) e que “o abandono de um animal é um ato cruel e degradante” (art. 6º), há nessa declaração normas de difícil concretização, como o artigo 4º, que diz respeito à privação de liberdade: mesmo que tenha fins educativos, é contrária ao direito, ou seja, confere a todo animal o direito de viver livre no seu próprio ambiente natural.

Atualmente no Brasil a crueldade para com os animais é proibida no ordenamento jurídico, que detém de um amplo conjunto de normas.

Na legislação brasileira, especificadamente no Código Civil (BRASIL, 2002), no que tange ao direito das coisas, o termo “coisa” refere-se a tudo aquilo que existe na natureza, exceto o ser humano. Nessa perspectiva, o direito das coisas abrange a relação entre coisas e seres humanos. Desse modo, no Código Civil os animais são tidos como bens semoventes. Assim, é possível observar que, possuindo essa classificação, são disciplinados por meio da legislação que trata de propriedade.

Assim, conforme entende Gonçalves (2014, p. 239):

Semoventes – São os suscetíveis de movimento próprio, como os animais. Movem-se de um local para o outro por força própria. Recebem o mesmo tratamento jurídico dispensado aos bens móveis propriamente ditos. Por essa razão, pouco ou nenhum interesse prático há em distingui-los.

Ainda nesse contexto, de acordo com Serpa Lopes (1962, p. 354 apud VENOSA (2004, p. 194):

Sob o nome de coisa, pode ser chamado tudo quanto existe na natureza, exceto a pessoa, mas como bem só é considerada aquela coisa que existe proporcionando ao homem uma utilidade, porém com o requisito essencial de lhe ficar suscetível de apropriação.

O direito de propriedade, conforme o Código Civil (BRASIL, 2002), é exercido por meio de três modos: uso, gozo e disposição da coisa – art. 1.228 do CC/02. O direito de usar é aquele que dá a faculdade ao proprietário de se servir das utilidades da coisa, sem que altere sua essência.

O direito de gozar, por sua vez, é aquele que o proprietário tem de fruir da coisa, ou seja, de obter os seus frutos. Já o direito de dispor é aquele direito que tem o proprietário de dar a destinação que entender à coisa, seja consumindo-a, alienando-a, doando-a, entre outras.

Desse modo, o Código Civil estabelece que o homem possa usar, gozar e dispor do animal, de acordo com a finalidade social que lhe destine.

Já na Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), constata-se que ela não adotou o entendimento de animal como “coisa”. Em seu artigo 225, §1º, VII, ao impedir práticas cruéis contra os animais, assegura a eles direitos subjetivos.

O renomado Professor Paulo Nogueira Neto (1996), que foi imprescindível na elaboração do artigo 225 da Constituição Federal de 1988 e, depois, na aprovação da Lei de Crimes Ambientais, em 1998, afirma:

Tive ocasião de sugerir que a Constituição incluísse um dispositivo contra a crueldade a que os animais às vezes são submetidos. Em nenhum momento foi cogitado limitar essa proteção aos animais nativos. Essa restrição nem sequer passou pelas nossas cabeças. Pretender que os animais alienígenas possam ser submetidos à crueldade seria algo próprio de mentes doentias, seria um grave desvio de personalidade, seria presumir que seríamos sádicos. Crueldade, seja em relação às pessoas, seja em relação aos animais, é coisa inadmissível, que ofende os sentimentos normais de qualquer pessoa. É por esse motivo que sua condenação está inserida, de um modo amplo e geral, na Constituição Federal. (NOGUEIRA NETO, 1996 apud LEVAI, 2012, p. 175).

Objetivando promover o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o art. 225, §1º, VII, estabelece que seja o Poder Público responsável e que possui a incumbência de “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco a sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”, ou seja, a Constituição de 1988 demonstrou um grande avanço para a proteção ambiental (CHUAHY, 2009).

A Carta Magna, ainda em seu artigo 225, no parágrafo terceiro, traz três modos de implicação por um único dano cometido ao meio ambiente,

assim, o autor do fato pode ser responsabilizado civilmente, penalmente e também administrativamente.

Na mesma visão, a Constituição Brasileira visou proteger a integridade física do animal, afastando uma visão antropocêntrica³ (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011), ou seja, uma maior proteção aos animais não humanos como seres sencientes, que possuem direito de não sofrer.

Para Sanches e Ferreira (2014, p. 48), “preservar o meio ambiente e, em especial, os animais não humanos, em razão da sua função ecológica são princípios constitucionais e, portanto, fundamentos do Estado de Direito.”

A Constituição Federal de 1988, ao trazer um capítulo especialmente dedicado ao meio ambiente, é a mais democrática da história do Brasil.

Para Lima (2001, p. 89):

Somente a Constituição de 1988, tão vilipendiada pelos setores reacionários, mas sem dúvida a mais democrática e socialmente avançada de nossa história, deu ao meio ambiente o caráter de um direito fundamental da pessoa humana, dedicando-lhe todo um capítulo no título reservado à ordem social e impregnando todo o conjunto da Carta de numerosos conceitos e referências atinentes às questões ambientais.

A atual Constituição brasileira (BRASIL, 1988) é a primeira a tentar proteger a questão do meio ambiente, tendo um capítulo inteiro dedicado a isso, ou seja, antes não havia proteção aos animais ou à flora, as Constituições tendiam apenas à proteção de bens e recursos ligados à natureza, um pensamento que atribuía ao ser humano uma posição de centralidade em relação a tudo (MEDEIROS, 2013); vê-se, portanto, que está havendo um avanço na proteção ao meio ambiente, constitucionalmente falando, mesmo que gradativamente.

³ Concepção que considera que a humanidade deve permanecer no centro do entendimento dos humanos, isto é, o universo deve ser avaliado de acordo com a sua relação com o ser humano, sendo que as demais espécies, bem como tudo mais, existem para servi-los.

A partir do artigo 225 da Constituição Federal, que contempla a proteção do meio ambiente, novos instrumentos legais nessa perspectiva foram criados. Cada vez mais é atribuída ao meio ambiente a importância que lhe é devida, pois hoje a sua preservação não é mais um mero ato de política pública, mas um ato de sobrevivência (BENJAMIN, 2002).

A Lei n. 9.605, Dos Crimes Ambientais (BRASIL, 1998a), é um exemplo de proteção jurídica dada ao meio ambiente após a Constituição Federal, e seu artigo 32 merece especial atenção:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

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

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

A mencionada Lei dispõe, em seu artigo 32 caput e parágrafos, sobre as penalidades referentes às práticas de maus-tratos e atos de abusos contra todos os animais, classificando a violência contra animais como sendo de pequeno potencial ofensivo, prevendo pena de três meses a um ano de detenção. Sendo a punição muito branda, garante-se o benefício da transação penal antecedente à denúncia, se cumprido com todos os requisitos legais, e, com isso, o autor do delito se beneficia.

Na Lei de Contravenções Penais, Decreto-Lei n. 3.68 (BRASIL, 1941), está configurado que tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo é ilícito (artigo 64). Da mesma forma, condena-se a experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, para fins didáticos ou científicos, realizado em lugar público ou exposto ao público (artigo 64, §2º).

Ainda há a Lei n. 11.794 (BRASIL, 2008), conhecida como a Lei Arouca, que regulamenta e estabelece procedimentos para o uso de animais na ciência. É uma lei que permite a crueldade ao afirmar que a experimentação animal é um “método oficial de pesquisa científica.” Em momento algum a lei dá a possibilidade de o animal ser substituído por algum método alternativo de pesquisa, contrariando, assim, o art. 32 parágrafo primeiro da Lei de Crimes Ambientais. Ao ler a Lei, nota-se que o legislador, de modo paradoxal, assume que as “cobaias” são seres sencientes, pois quando utilizadas em testes o grau de seu sofrimento é avaliado.

O artigo 3º, inciso IV, da mencionada Lei recomenda morte humanitária aos animais nos casos de “mínimo sofrimento físico ou mental”; o artigo 14, parágrafo primeiro, sugere a aplicação de eutanásia quando ocorrer, no experimento, “intenso sofrimento aos animais.” O artigo 15 possibilita ao pesquisador restringir ou proibir experimentos que importem “elevado grau de agressão aos animais.”

O sistema jurídico ao qual se está condicionado, muitas vezes, permite condutas cruéis e estimula o cometimento de crimes contra os animais e o meio ambiente em geral (LEVAI, 2006).

Percebe-se um desamparo nas ruas, visto que animais são explorados e maltratados, sem qualquer tipo de intervenção do Estado para defendê-los. Diversos tipos de crimes e exploração acontecem também em circos, espetáculos públicos, matadouros, experiências científicas e outras inúmeras situações às qual os animais são expostos todos os dias.

O homem muitas vezes se limita a satisfazer seus desejos pessoais e, com isso, não há compaixão aos animais (LEVAI, 2006), ou seja, estes são vistos como meros objetos, recursos ambientais, e não como seres sensíveis.

A possibilidade de um animal como sujeito de direito também passa pela discussão sobre a natureza do direito subjetivo e sobre a relação jurídica entre sujeito de dever e sujeito de direito (GORDILHO, 2008), assim, direito subjetivo não é apenas análogo de um dever, mas um conjunto de

modalidades relacionais que pode incluir tanto relações de direito, dever, liberdade, quanto relações de poder.

O autor ainda usa o conceito de pessoa não humana para explicar que “pessoa” e “ser humano” não são dependentes, pois, na história do Direito, há seres humanos que não são pessoas e também pessoas que não são humanas, como as pessoas jurídicas.

Visando considerar animais como possuidores de direitos humanos, pode-se usar como exemplo o Projeto Grandes Primatas – The GreatApe Project, que reconhece os primatas como pessoas físicas para o Direito (GORDILHO, 2008) para os outros animais, que não se enquadrariam exatamente no conceito jurídico de pessoa física, o autor trabalha com a noção de sujeitos de direitos, que não necessariamente precisam ter personalidade jurídica.

Há de se defender o reconhecimento da igual consideração dos interesses dos animais. Os humanos, por serem seres conscientes, têm o dever de respeitar todas as formas de vida e tomar providências para evitar o sofrimento de outros seres (SINGER, 2000); o autor ainda equipara a discriminação animal às segregações racistas.

Ainda, em relação à proteção aos animais, o Poder Judiciário também atua. Um exemplo disso é a decisão do Superior Tribunal de Justiça, de 2 de setembro de 2014, ao julgar o Recurso Especial n. 1.425.943.

Nesse recurso, o STJ permitiu que duas araras continuassem no ambiente doméstico que viviam há mais de 20 anos, onde não havia maus-tratos. Havia dúvidas de como seria a reintegração dos animais ao seu habitat natural e não havia qualquer vantagem em transferir a posse dos animais para um órgão público.

Nota-se que, apesar de lentamente, há um avanço na percepção da tutela do meio ambiente, ou seja, a superação de um posicionamento antropocêntrico em favor de uma tutela biocêntrica.⁴

⁴ Concepção segundo a qual todas as formas de vida são igualmente importantes, não sendo a humanidade o centro da existência.

3 O NOVO ESTATUTO JURÍDICO DOS ANIMAIS DE PORTUGAL (LEI N. 8/2017)

Um novo enquadramento legal relativamente à situação jurídica dos animais em Portugal foi trazido pela Lei n. 8/2017⁵ de 3 de março, entrando em vigor em 1 de maio de 2017, visto que até então os animais não possuíam qualquer tipo de proteção jurídica, nem na esfera civil nem mesmo na esfera penal, eram apenas protegidos por normas jurídicas referentes às coisas.

O propósito da lei é a “necessidade de dotar os animais não-humanos de um estatuto jurídico que reconheça as suas diferenças e natureza, quer face aos humanos quer face às coisas inanimadas.”⁶ No Código Civil português, assim como no brasileiro, os animais eram sujeitos ao regime jurídico das coisas, sendo eles, nesse âmbito, coisas *sui generis*.⁷

A nova Lei decretou a aplicação subsidiária das disposições relativas às coisas quando não houver legislação específica sobre os animais, somente quando compatíveis com sua natureza. Ou seja, a Lei portuguesa reconheceu as características que concedem especificidade aos animais, o que resulta na necessidade de norma apropriada.

A referida Legislação estabeleceu, então, um novo estatuto jurídico dos animais, alterando o Código Civil, o Código de Processo Civil e o Código Penal português. No que tange ao Código Civil, este sofreu duas alterações sistemáticas.

A primeira foi a criação, no título II do Livro I, do subtítulo I-A, titulado como *Dos Animais*, o qual contém as normas do 201.º-B a 201.º-D, ficando estabelecido que aos animais dá-se a definição de seres dotados de

⁵ Estabelece um estatuto jurídico dos animais, alterando o Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n. 47 344, de 25 de novembro de 1966, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n. 41/2013, de 26 de junho, e o Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n. 400/82, de 23 de setembro.

⁶ Exposição apresentada pelo Projeto de Lei n. 164/XIII, apresentado pelo Partido Socialista.

⁷ Significa literalmente, “de seu próprio gênero”, ou seja, “único em seu gênero”.

sensibilidade e merecedores de proteção jurídica, e a definição de que na ausência de lei especial, são aplicáveis apenas subsidiariamente aos animais as disposições relativas às coisas, desde que não incompatíveis com a sua natureza, desse modo “não deixa margem para dúvidas quanto ao processo de descoisificação e a proteção concedida pelo direito.” (PEREIRA, 2019, p. 20).

A segunda alteração é a da denominação da Seção II do Capítulo II do Título II do Livro III para *Ocupação de coisas e animais*, ou seja, com a alteração, os animais são vistos aos olhos da lei, de acordo com o novo artigo 201.º-B do Código Civil, como “seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica em virtude da sua natureza.”

No art. 1302 da Lei, o legislador acrescentou o n. 2, no qual se buscou expressamente salientar que os animais podem ser objetos do direito de propriedade, ou seja, no ordenamento jurídico português há três tipos de objetos de direito de propriedade, sendo eles: animais, e com base no n. 1, coisas corpóreas, móveis ou imóveis (PEREIRA, 2019).

Dessa maneira, a figura do proprietário permaneceu, porém o:

[...] proprietário de um animal deve assegurar o seu bem-estar e respeitar as características de cada espécie e observar, no exercício dos seus direitos, as disposições especiais relativas à criação, reprodução, detenção e proteção dos animais e à salvaguarda de espécies em risco, sempre que exigíveis.

Ainda, em um de seus artigos a Lei aborda o direito de propriedade de um animal e que, mesmo havendo essa relação de propriedade, o homem não possui direito de, sem motivo algum, submetê-lo a dor, sofrimento ou qualquer tipo de maus-tratos.

Nesse sentido, ao considerar os animais como objetos do direito de propriedade, quer dizer que eles não possuem personalidade jurídica, ou seja, não permite que sejam considerados pessoas. Hörster (2017) entende que a inclusão do subtítulo I-A no título II da Parte Geral é sem relevância, porém,

por outro lado, vê a alteração como um começo para uma nova mudança na visão de que apenas o homem é sujeito de direito.

Entende-se que é evidente que o animal, mesmo que se pareça com uma “máquina engenhosa”, possui inteligência (ROUSSEAU, 1755).

Os humanos são animais, assim como os bichos irracionais, e os animais irracionais são seres sencientes como os humanos, sentem o mesmo sofrimento e por esse motivo devem também participar do direito natural (ROUSSEAU, 1755).

Rousseau (1755) ressalta, também, que o homem, além disso, é responsável pelo cumprimento de alguns direitos e deveres, principalmente o dever de respeitar o direito do outro de não ser maltratado desnecessariamente. Dessa maneira, o autor defende que o direito natural deve ser tanto dos humanos quanto dos animais, ou seja, ambos devem ter o direito básico de serem respeitados por outras espécies.

3.1 DO PROCESSO LEGISLATIVO PARA A APROVAÇÃO DA LEI

A Lei originou-se a partir de quatro Projetos de Lei apresentados por Partidos do País.

O primeiro Projeto de Lei (DR II Série- A, n. 70, de 15 de abr. de 2016, 8-14), que deu entrada na Assembleia da República no dia 14 de abril de 2016, foi o n. 164/XIII, titulado como “Altera o Código Civil, estabelecendo um estatuto jurídico dos animais”, do Partido Socialista, no qual os deputados do Partido esclareceram as razões sociais, culturais e jurídicas que demonstrariam uma mudança na concepção vigente.

O segundo Projeto de Lei (DR II Série- A, n. 70, de 15 de abril de 2016, 37- 42), que deu entrada na Assembleia da República no dia 15 de abril de 2016, foi o Projeto de Lei n. 171/XIII, titulado como “Alteração ao Código Civil reconhecendo os animais como seres sensíveis”, do Partido Pessoas-Animais-

Natureza, em que o deputado autor do projeto explanou de forma política a defesa do reconhecimento aos animais de uma personalidade jurídica parcial.

O terceiro Projeto (DR II Série- A, n. 79, de 6 de maio de 2016, 5-9) a dar entrada na Assembleia da República, no dia 6 de Maio de 2016, foi o Projeto de Lei

n. 224/XIII, titulado como “Altera o Estatuto Jurídico dos Animais no Código Civil”, do Partido Social Democrata, no qual seus representantes reconheceram a existência da necessidade da alteração do estatuto jurídico dos animais, com a finalidade de reconhecê-los como seres sensíveis e não apenas como coisas.

O quarto Projeto (DR II Série- A, n. 79, de 6 de maio de 2016, 19-24), foi o n. 227/XIII, titulado como “Altera o Código Civil, atribuindo um Estatuto Jurídico aos Animais”, do Partido Bloco de Esquerda. O texto entregue à Assembleia da República assemelha-se aos textos do Partido Socialista e do Partido Social Democrata quanto à natureza jurídica atribuída aos animais.

No decorrer do processo de aprovação, no âmbito legislativo, houve três pareceres (apenas as propostas do PS e do PAN foram analisadas, os Projetos de Lei do PSD e do BE foram entregues em data posterior), do Conselho Superior da Magistratura, do Conselho Superior do Ministério Público e da Ordem dos Advogados.

O Conselho Superior da Magistratura deu seu parecer abordando que um possível reconhecimento ao animal como titular de direitos ocasionaria mais riscos que benefícios. E que, portanto, parece-lhes mais prudente o reconhecimento à natureza do animal para além de coisas.

Assim, o Conselho Superior do Ministério Público defendeu a concepção apresentada no Projeto de Lei do PAN, no qual os animais gozariam de total personificação.

A Ordem dos Advogados seguiu o posicionamento do Conselho Superior do Ministério Público, no entanto, no sentido de os animais apenas terem direitos e não deveres.

Ademais, ocorreram pareceres aos outros Projetos de Lei, dos partidos PSD e BE.

Posteriormente, em 19 de abril de 2016, deram entrada a Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, os Projetos de Lei dos Partidos Socialista e Pessoas-Animais-Natureza.

Mais tarde, no dia 12 de maio de 2016, a Assembleia da República reuniu-se para debater sobre os quatro Projetos de Lei, na generalidade. Em 13 de maio de 2016, os partidos criadores dos Projetos de Lei (PS, PAN, BE e PSD) apresentaram quatro requerimentos para solicitar a baixa dos quatro Projetos de Lei, sem votação, por 30 dias à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias. Esse requerimento foi aprovado por unanimidade pela Comissão.

Seguidamente, no dia 20 de dezembro de 2016, o Partido Socialista apresentou uma proposta de modificação de um único texto que substituísse os de todas as iniciativas, consubstanciando as matérias civis e penais dos Projetos de Lei. Após, houve a votação da proposta, tendo sido aprovada por unanimidade pelos proponentes dos quatro Projetos.

No dia 21 de dezembro de 2016, a Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias ratificou, por unanimidade, as votações realizadas no Grupo de Trabalho.

Ao dia 22 de dezembro de 2016 procedeu-se a votação do texto de substituição, na generalidade, especialidade e em votação final global. Sendo, após, enviado à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias para redação final. O texto foi publicado como Decreto da Assembleia n. 61/XIII, de 12 de Janeiro de 2017.

Tendo sido promulgada então, pelo Presidente da República, em 2 de fevereiro de 2017, a Lei foi publicada no Diário da República no dia 3 de março de 2017.

4 A IMPORTÂNCIA DE ANIMAIS NÃO HUMANOS SEREM CONSIDERADOS SERES VIVOS SENCIENTES NO BRASIL

Antes de se analisar a importância de uma mudança jurídica no Brasil acerca da natureza jurídica dos animais é preciso primeiramente entender o que é a senciência.⁸

Os seres que de forma consciente conseguem ser capazes de ter sensações e sentimentos são classificados como seres sencientes (SINGER, 2002), ou seja, senciência é a capacidade de sentir.

Foi na Universidade de Cambridge, no dia 7 de julho de 2012, que um grupo de neurocientistas reuniu-se para o Simpósio sobre a Consciência em Animais Humanos e Não Humanos no qual se afirmou que os animais são seres sensíveis. Essa afirmação, juntamente com o artigo 225, parágrafo primeiro, VIII, parte final da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que veda a submissão de animais à crueldade, e também com o artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais, Lei n. 9.605 (BRASIL, 1998a), faz com que a palavra senciência (junção de sensibilidade e consciência) sirva como base para debates sobre os direitos dos animais. Ou seja, essa Declaração, aliada “ao nosso dispositivo constitucional protetor da fauna, serve como fundamento de um novo princípio geral de direito voltado aos animais como sujeitos jurídicos: o princípio da senciência.” (LEVAI, 2015). Com base nisso, não há como o direito manter-se apático em relação a esses fatos.

Maia ([2016?]) conceitua senciência como:

Basicamente a um nível mínimo de consciência, ou seja, representa a capacidade de perceber conscientemente, ao menos em algum grau, sensações mais básicas, tais como dor ou medo. Assim, um pressuposto considerado básico para que tenhamos considerações relacionadas ao bem-

⁸ Importante salientar que a palavra “senciência” é um termo que ainda não consta no dicionário brasileiro, a palavra advém de “senciente”, que indica “aquele que sente”.

estar dos animais é que eles sejam seres sencientes, ou seja, capazes de sofrer conscientemente.

A exploração de animais em favor do homem e a noção de superioridade humana para com os animais, em razão da racionalidade, existem há muitos anos.

A visão de superioridade, segundo Rodrigues (2012), deu-se ao tentar defender o uso derradeiro de animais a causas humanas, porém qualquer justificativa usada para a defesa de extermínios de animais não é mais admitida. Ao exporem seres não humanos a tratamentos indignos, crueldade ou qualquer tipo de maltrato, humanos provam que não são seres superiores. A autora afirma ainda que:

A incapacidade do reconhecimento da realidade da evolução da vida, em que o homem não aceita ser colocado no mesmo patamar dos Animais, condiciona-o a acreditar fielmente na ilusão da dita superioridade da raça humana. Então, coberto por fantasias e sem qualquer hesitação, o homem intitula-se como sendo o ser mais evoluído do planeta em razão de possuir consciência. Resta, todavia, compreender o significado de evolução, de inteligência e de consciência. (RODRIGUES, 2012, p. 44).

Em seu *Manifesto pelos Direitos dos Animais*, a autora Chuahy (2009) afirma que proveio de religiões ocidentais a prática de explorar animais para trabalhos, por exemplo. Ainda, a autora conta que Aristóteles afirmava que os animais eram seres sensíveis, mas que não eram dotados de racionalidade, fazendo com que fossem inferiores aos seres humanos. No mesmo manifesto Chuahy (2009) cita São Tomás de Aquino, que diz que se baseando nas ideias do filósofo Aristóteles, acreditava que os humanos foram criados à imagem e semelhança de Deus e que por conta disso são seres superiores aos demais.

Além de São Tomás de Aquino e de Aristóteles, a autora segue citando grandes filósofos, como John Locke, Thomas Hobbes, Immanuel

Kant e René Descartes, que também defendiam que apenas os seres humanos eram capazes de raciocinar, ou seja, os animais não humanos não poderiam adquirir direitos, pois não tinham esse requisito necessário.

Sob outra perspectiva, Chuahy (2009) afirma que Jeremy Bentham e John Stuart Mill apoiavam suas ideias no chamado utilitarismo, doutrina criada por Bentham, que se apoia no princípio da utilidade, ou seja, antes de praticar qualquer ato o agente moral deve analisar a situação e ter como propósito proporcionar a maior quantidade de felicidade ou bem-estar ao maior número de pessoas possível para que a ação seja considerada boa, caso contrário, seria considerado moralmente incorreto. Além disso, para eles, deve ser respeitada a felicidade de todos os seres alcançados com tais ações, incluindo, assim, os animais, porque eles possuem sentimentos como os seres humanos.

Desse modo, Bentham (2014, p. 63) afirma:

Pode vir o dia em que o resto da criação animal adquira aqueles direitos que nunca lhes deveriam ter sido tirados, se não fosse por tirania [...] Que outro fator poderia demarcar a linha divisória que distingue os homens dos outros animais? Seria a faculdade de raciocinar, ou talvez a de falar? Todavia, um cavalo ou um cão adulto é incomparavelmente mais racional e mais social e educado que um bebê de um dia, ou de uma semana, ou mesmo de um mês. Entretanto, suponhamos que o caso fosse outro: mesmo nesta hipótese, que se demonstraria com isso? O problema não consiste em saber se os animais podem raciocinar; tampouco interessa se falam ou não; o verdadeiro problema é este: podem eles sofrer?

A partir dessa premissa surgem discussões entre cientistas relacionadas à capacidade de os animais terem ao menos algum grau de consciência, “pois ‘provando’ que são seres capazes de sentir conscientemente ao menos as emoções mais básicas, fica fácil entender porque merecem considerações de bem-estar.” Há, ainda, cientistas que afirmam que animais, como os peixes e alguns invertebrados, não possuem estruturas cerebrais

capazes de processar essas informações, ou seja, não seriam considerados seres sencientes (MAIA, [2016?]).

Ademais, Gordilho e Figueiredo (2016, p. 8) afirmam:

Não obstante, os animais vêm sendo cada vez mais reconhecidos por seu valor sentimental, pois embora tenham diferenças significativas em relação aos humanos, eles são dotados de sentimentos e emoções, isto é, são sencientes, razão pela qual não podem ser considerados coisas inanimadas [...]

Para a filósofa americana Martha Nussbaum (2006, p. 22, tradução nossa):

Nossas escolhas afetam a vida de espécies não-humanas todos os dias, e não raro lhes causam enorme sofrimento. Animais não são simplesmente parte da mobília do mundo; são seres ativos tentando viver suas vidas; e nós ficamos muitas vezes em seu caminho. Isto parece ser um problema de justiça, não apenas uma ocasião para caridade.

Ao enxergar os animais como seres sensíveis, afasta-se a visão antropocêntrica mencionada anteriormente, que é a concepção que considera a humanidade como centro do universo e que tudo que há ao redor, incluindo as demais espécies, serve apenas para servi-la, e abre-se espaço ao biocentrismo que, nas palavras de Levai (2015), é:

Enquanto modo filosófico de enxergar o direito ambiental, é o paradigma mais adequado para alcançar as mudanças sonhadas. Seus preceitos põem o homem, os animais e a natureza em igualdade de condições no mundo natural. Trata-se de uma visão que respeita a vida em sua singularidade existencial e que reconhece o planeta como um sistema orgânico onde tudo depende de tudo, numa íntima conexão entre os ecossistemas, a biodiversidade e as espécies que dela fazem parte. Atribuir um valor central à vida surge como um necessário contraponto

ao antropocentrismo predatório que, na sociedade de consumo, exclui da esfera de consideração moral humana as criaturas que possuem configuração biológica diversa e que, em razão dessa contingência, acabam desrespeitadas em sua dignidade.

No ordenamento jurídico brasileiro a classificação dos animais foi recentemente debatida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em um julgamento proferido pela Quarta Turma, e merece atenção especial:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. AQUISIÇÃO NA CONSTÂNCIA DO RELACIONAMENTO. INTENSO AFETO DOS COMPANHEIROS PELO ANIMAL. DIREITO DE VISITAS. POSSIBILIDADE, A DEPENDER DO CASO CONCRETO. 1. Inicialmente, deve ser afastada qualquer alegação de que a discussão envolvendo a entidade familiar e o seu animal de estimação é menor, ou se trata de mera futilidade a ocupar o tempo desta Corte. Ao contrário, é cada vez mais recorrente no mundo da pós- modernidade e envolve questão bastante delicada, examinada tanto pelo ângulo da afetividade em relação ao animal, como também pela necessidade de sua preservação como mandamento constitucional (art. 225, § 1, inciso VII -"proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade"). 2. O Código Civil, ao definir a natureza jurídica dos animais, tipificou-os como coisas e, por conseguinte, objetos de propriedade, não lhes atribuindo a qualidade de pessoas, não sendo dotados de personalidade jurídica nem podendo ser considerados sujeitos de direitos. Na forma da lei civil, o só fato de o animal ser tido como de estimação, recebendo o afeto da entidade familiar, não pode vir a alterar sua substância, a ponto de converter a sua natureza jurídica. 3. No entanto, os animais de companhia possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada. Dessarte, o regramento jurídico dos bens não se vem mostrando

suficiente para resolver, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os pets, visto que não se trata de simples discussão atinente à posse e à propriedade. 4. Por sua vez, a guarda propriamente dita - inerente ao poder familiar - instituto, por essência, de direito de família, não pode ser simples e fielmente subvertida para definir o direito dos consortes, por meio do enquadramento de seus animais de estimação, notadamente porque é um munus exercido no interesse tanto dos pais quanto do filho. Não se trata de uma faculdade, e sim de um direito, em que se impõe aos pais a observância dos deveres inerentes ao poder familiar. 5. A ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo nos tempos atuais. Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós- modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal. Portanto, a solução deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmagô de sua dignidade. 6. Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, também devem ter o seu bem-estar considerado. 7. Assim, na dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação ao animal de estimação, independentemente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender, sempre a depender do caso em concreto, aos fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal. 8. Na hipótese, o Tribunal de origem reconheceu que a cadela fora adquirida na constância da união estável e que estaria demonstrada a relação de afeto entre o recorrente e o animal de estimação, reconhecendo o seu direito de visitas ao animal, o que deve ser mantido. 9. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2018).

O recurso originou-se de uma ação após um casal que havia adquirido um cachorro durante a união estável realizar a dissolução da união

e declarar não possuir bens a partilhar. Ocorre que, após a separação do casal, foi inevitável definir com quem ficaria o cachorro.

O Código Civil (BRASIL, 2002) dá aos animais a natureza jurídica de coisas, ou seja, são considerados objetos de propriedade. Por conseguinte, os ministros do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) contrariaram-se sobre a possibilidade da concessão de direito a visitas ao ex-companheiro. Entretanto, caso se aplicasse o regime de um bem, o que não seria apropriado, pois o cachorro já era tido como da família, o animal deveria ser partilhado de acordo com o regime de bens adotado pelo casal.

O fato de não haver uma legislação adequada sobre animais, e o impedimento da regulamentação de guarda do cachorro, em razão da impossibilidade de classificar animais como pessoas, os ministros tiveram trabalho em julgar o recurso.

Posteriormente, depois de muitos debates, a maioria concluiu que seria impertinente adotar o regime de guarda, visto que não pode ser reconhecida personalidade jurídica aos animais. Não obstante, ficou claro que cada caso de dissolução da entidade familiar é um caso e que suas particularidades devem ser observadas para, assim, resguardar o laço afetivo do animal com os donos.

Com a finalização do julgamento pela Quarta Turma, foi mantido o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), que fixou as visitas do ex-companheiro ao animal em períodos como fins de semana, feriados e festas de final de ano.

Conforme mencionado na seção anterior, destaca-se a Lei Portuguesa n. 8/2017, que passou a reconhecer os animais como seres vivos dotados de sensibilidade, ou seja, não atribuiu aos animais personalidade jurídicas, mas reconhecimento especial a eles.

O Estatuto Jurídico dos Animais representa um relevante avanço na proteção animal, e assim como Portugal outros países, como França e Nova Zelândia, recentemente passaram a considerar a senciência presente

nos animais, isto é, reconheceram que eles possuem a capacidade de sentir emoções. Essas novas leis proíbem, por exemplo, que animais sejam utilizados em testes de cosméticos e alteram o status jurídico, fazendo com que os animais deixem de ser apenas uma propriedade pessoal.

No Brasil existem projetos de lei sobre o assunto aqui debatido. A título de exemplo, há o Projeto de Lei n. 631/2015, que ainda está em tramitação no Senado. O projeto visa instituir o Estatuto dos Animais e alterar a redação do art. 32 da Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, estabelecendo o direito que os animais têm à vida e ao bem-estar, bem como veda práticas cruéis a esses seres, identifica os maus-tratos e dispõe sobre infrações e penalidades.

O ordenamento jurídico brasileiro, ao considerar os animais como coisas, não traz uma proteção digna a eles, isto é, sem uma adequação quanto à natureza jurídica conferida a esses seres, os casos que envolvem animais continuarão sem decisões adequadas.

5 CONCLUSÃO

Conforme os anos passam e a sociedade muda, é necessário que o direito se adapte para suprir a necessidade dos indivíduos, não apenas humanos, mas os não humanos também. Vê-se que ao longo da história a concepção da dignidade centrada no ser humano é a que tem prevalecido, porém, como fora explanado, a ideia da dignidade animal tem, mesmo que aos poucos, ganhado força.

No Brasil, há várias propostas legislativas que objetivam uma readequação no status jurídicos conferido aos animais, tirando-os, assim, da atual consideração de que são apenas coisas móveis.

Ainda, no âmbito legislativo brasileiro, a forma de pensamento utilizada é ainda a do antropocentrismo, mesmo que a Constituição Federal (BRASIL, 1988) proíba a crueldade contra animais. Assim, entende-se que

atualmente a melhor opção para uma proteção mais digna aos animais seria a alteração da legislação brasileira quanto à natureza jurídica dos animais.

A crueldade e os maus-tratos aos animais têm-se mostrado um preocupante problema ambiental no Brasil. É preciso que haja uma alteração na maneira como a sociedade se relaciona e enxerga os animais, seguindo o princípio da igual consideração de interesses de Singer⁹ para combater esse tipo de prática.

Não há dúvidas de que os animais não são apenas meros objetos de uso pessoal, mas apresentam sensibilidade semelhante à dos seres humanos e para muitos são tidos como participantes do núcleo familiar por conta da relação de carinho estabelecida.

O status de coisa dado aos animais na legislação brasileira está ultrapassado e não é suficiente para dignificar o animal. Assim como Portugal, vários países já avançaram na proteção desses seres e concedem aos animais um tratamento diferenciado, como seres dotados de sensibilidade.

Nesse sentido, conforme amplamente citado no desenvolvimento deste artigo, uma alteração na natureza jurídica dos animais no Brasil, análogo ao Estatuto Jurídico dos Animais de Portugal, seria uma forma de dar aos animais proteção e uma vida mais digna, pois, ao se enxergar esses seres não humanos como seres que também sentem tudo que acontece ao seu redor, pode-se elaborar leis mais justas e que atendam aos interesses dos animais.

Nessa perspectiva, em virtude da atualidade do tema, é notável destacar que chegou ao Superior Tribunal de Justiça, em decisão recente, o debate acerca do direito de visitas a animal doméstico, em que se firmou o entendimento de que em uma separação de casal, ao analisar a realidade e o vínculo formado, há a possibilidade de manutenção e visitação do animal de estimação após a separação. Dessa forma, mesmo não havendo uma legislação especial sobre o assunto, a Justiça brasileira vem reconhecendo a

⁹ Singer afirma que quando adotamos uma postura moral devemos considerar o ponto de vista e interesse de todos os afetados pelas nossas ações, inclusive todos os outros seres sencientes.

posse compartilhada de animal de estimação, bem como a regulamentação de visitas para a convivência entre os donos e o animal.

Aos animais não se pode dar personalidade jurídica, mas, sim, mecanismos para sua proteção. Ao ver o animal como um ser digno, evolui-se de uma visão antropocêntrica para uma visão biocêntrica. Assim, é possível e importante que o direito civil brasileiro conceda aos animais não humanos uma nova natureza jurídica: a de seres vivos dotados de sensibilidade.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, A. H. Meio Ambiente e Constituição: uma primeira abordagem. *In: BENJAMIN, A. H. (ed.). 10 anos da Eco 92: o direito e o desenvolvimento sustentável (Ten years after Rio 92: sustainable development and law)*. São Paulo: IMESP, 2002.

BENTHAM, J. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1984. (Coleção Os pensadores I).

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

BRASIL. Decreto n. 16.590, de 10 de Setembro de 1924. Aprova o regulamento das casas de diversões publicas. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 10 set. 1924.

BRASIL. Decreto n. 24.645, de 10 de julho de 1934. Estabelece medidas de proteção aos animais. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 10 jul. 1934.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916.

BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Lei de Crimes Ambientais. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 fev. 1998a.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei n. 11.794, de 8 de outubro de 2008. Lei Arouca. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 8 out. 2008.

BRASIL. Projeto de Lei PL 631/2015. Institui o Estatuto dos Animais e altera a redação do art. 32 da Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. *Senado Federal*, Brasília, DF, 2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/12327>. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1713167-SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 19 de junho de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/635855286/recurso-especial-resp-1713167-sp-2017-0239804-9>. Acesso em: 30 mar.2019.

CHUAHY, R. *Manifesto pelos Direitos dos Animais*. Rio de Janeiro: Record, 2009

DIAS, E. C. A Defesa dos animais e as conquistas legislativas do movimento de proteção animal no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 2, n. 2, 2007. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10297/7357>. Acesso em: 2 fev. 2019.

DIAS, E, C. Os animais como sujeitos de direito. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 1, n. 1, 2006. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10243/7299>. Acesso em: 8 ago. 2018.

GONÇALVES, C. R. *Direito Civil Brasileiro – Vol. 2 – Teoria Geral das Obrigações*. 11. ed. [S. l.: s. n.], 2014.

GORDILHO, H. J. S. *Abolicionismo Animal*. Salvador: Evolução, 2008.

GORDILHO, H. J. S.; FIGUEIREDO, F. J. G. A Vaquejada à Luz da Constituição Federal. *Revista de Biodireito e Direito dos Animais CONPEDI*, v. 2, n. 2, p. 78-96, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/1363>. Acesso em: 19 mar. 2019.

HÖRSTER, H. E. A propósito da Lei n. 8/2017, de 3 de Março: os animais ainda serão coisas (objectos da relação jurídica)? *Revista Jurídica Portucalense Law Journal*, Porto, n. 22, p. 66-76, nov. 2018.

LEVAI, L. F. A luta pelos direitos animais no Brasil: passos para o futuro. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 7, n. 10, 2012. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/8402/6020>. Acesso em: 25 mar. 2019.

LEVAI, L. F. Crueldade consentida – crítica à razão antropocêntrica. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, v. 1, p. 176, 2006.

LEVAI, L. F. Direito Animal e o Princípio da Senciência. *Jornal Carta Forense*, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-animale-o-principio-da-senciencia/15854>. Acesso em: 14 fev. 2019.

LIMA, L. H. *Controle do Patrimônio Ambiental Brasileiro*. Rio de Janeiro: UERJ, 2001.

MAIA, C. M. Os animais são ou não não sencientes? O quanto isso importa? *Blog Consciência Animal*, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://conscienciaanimalblog.wordpress.com/os-animais-sao-ou-nao-nao-sencientes-o-quanto-isso-importa/>. Acesso em: 15 mar. 2019.

MEDEIROS, F. L. Fde. *Direito dos animais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

NOGUEIRA NETO, P. *Parecer: Arquivos do Fórum Nacional de Defesa e Proteção Animal*. São Paulo: [s. n.], 21 nov. 1996.

NUSSBAUM, M. C. *Frontiers of justice: disability, nationality, species membership*. Massachusetts: Harvard University Press, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. *Declaração Universal dos Direitos dos Animais*. Bruxelas: [s.n.], 27 jan. 1978. Disponível em: <http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2018.

PEREIRA, M. M. *O novo estatuto dos animais no ordenamento jurídico português à luz da Lei nº8/2017, 3 de março*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses) – Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2019.

PORTUGAL. Lei n. 8, de 3 de março de 2017. Estabelece um estatuto jurídico dos animais, alterando o Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n. 47 344, de 25 de novembro de 1966, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n. 41/2013, de 26 de junho, e o Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n. 400/82, de 23 de setembro. *Diário da República*, 2017. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/106549655/details/maximized>. Acesso em: 24 set. 2018.

RODRIGUES, D. T. *O Direito e os Animais: Uma Abordagem Ética, Filosófica e Normativa*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

ROUSSEAU, J.-J. *Discurso sobre a origem da desigualdade*. Gênêbra: Ridendo Castigat Mores, 1755. *E-book*. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/desigualdade.pdf>. Acesso em: 17 set. 2018.

SANCHES, A. C. B.; FERREIRA, G.. *A Proteção aos Animais e o Direito: O Status Jurídico dos Animais como Sujeitos de Direito*. Curitiba: Juruá, 2014.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. *Direito Constitucional Ambiental – Estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a Proteção do Ambiente*. São Paulo: RT, 2011.

SINGER, P. *Ética Prática*. 3. ed. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SINGER, P. *Libertação Animal*. Porto, Portugal: Via Óptima, 2000.

SINGER, P. *Vida ética: os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

VENOSA, S. de S. *Direito civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

A PRÁTICA DESPORTIVA E CULTURAL UTILIZANDO ANIMAIS: A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL 96/2017

Karine Mallmann¹
Thiago Pires Canal²

Resumo: O presente artigo tem a finalidade de averiguar a constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 96/2017, que acrescenta o parágrafo 7º ao artigo 225, a qual permite as práticas desportivas que utilizem animais de forma cruel, desde que sejam manifestações culturais. Neste sentido, serão empregados os métodos dedutivo e histórico, utilizando apreciações doutrinárias, jurisprudenciais e ações diretas de inconstitucionalidade para compreender o quanto a emenda supracitada afronta o direito fundamental do meio ambiente. Quanto a sua natureza, a pesquisa utilizar-se-á do método qualitativo teórico, buscando uma análise das atuais posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema. Em uma breve análise das recentes decisões jurisprudenciais dos tribunais, examinando a legislação que garante proteção aos animais e, conseqüentemente, o meio ambiente e a constitucionalidade da Emenda Constitucional que permite a manifestação cultural e desportiva, colocando desta forma, os animais em perigo e como resultado a crueldade com os mesmos. Desta forma, o objetivo do presente artigo é a proteção dos semoventes e a aplicação da Constituição Federal. Neste sentido, perante aos estudos realizados, pretende-se verificar a constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 96/2017.

Palavras-chave: Crime ambiental. Constituição Federal. Prática desportiva.

¹ Graduanda no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; kaahyne@gmail.com

² Professor na Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; Mestrando em Direitos Fundamentais Sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogado.

1 INTRODUÇÃO

O meio ambiente é um fator importante para a preservação da qualidade de vida dos habitantes do planeta, visto que é imprescindível para a garantia da dignidade da pessoa humana. Bem como, os animais são de suma importância para o ecossistema e a convivência com o ser humano sempre foi conturbada.

Destarte, a exploração do mesmo pelo homem sempre existiu, com objetivo da utilização dos seus recursos para subsistência. Sendo que, foi identificado que ocorreu de forma exorbitante com os animais.

Desta forma, durante a evolução do direito ambiental, os semoventes foram adquirindo mais proteção advinda das leis, onde os animais mesmo sendo vistos como objetos, tem sua defesa prevista no ordenamento, sendo um dever do ser humano salvaguardá-los. Outrossim, o reconhecimento da proteção da integridade física dos semoventes que está relacionado com o direito fundamental do meio ambiente saudável e equilibrado, e ainda para alguns juristas é tido como cláusula pétrea.

Entretanto, foi regulamentada a Lei n. 15.299 de 08 de janeiro de 2013, no Estado do Ceará, onde permite a prática desportiva, no qual vaquejadas possam ser realizadas, por ser manifestação cultural do referido Estado. Como consequência, essa atividade pode ocasionar várias lesões, podendo ser leve, grave ou até a morte do semovente. Diante disso, o Procurador da República interpôs a ADI 4983. Neste contexto, os praticantes defendem a atividade com base no artigo 215 da Constituição Federal, que afirma que o Estado deve valorizar e proteger as manifestações culturais. Por outro lado, os protetores dos animais afirmam que a norma infringe o artigo 225 da Carta Magna, onde declara que o Poder Público tem o dever de proteger a fauna e a flora. Não obstante, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a lei supracitada é inconstitucional.

Contudo, foi criada a Emenda Constitucional n. 96/2017 que libera a manifestação artística, desportiva e cultural utilizando animais. Assim sendo, o objetivo deste artigo está na compreensão da constitucionalidade da referida emenda, analisando o posicionamento recente do Supremo Tribunal Federal e as leis de proteção ao meio ambiente.

2 EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS ANIMAIS

O relacionamento entre humanos e animais vem de longa data, desde os primórdios da humanidade, onde os animais protegiam os homens que os alimentavam. No entanto, já naquele tempo os humanos não se preocupavam com o tratamento que os mesmos dedicavam aos animais. Outrossim, no século VI Pitágoras (apud NACONECY, 2006, p. 226) esboçava preocupação em relação ao tratamento cruel que o homem desferia contra os animais, afirmando “Que horror é engordar um corpo com outro corpo, viver da morte de seres vivos.”

Entretanto, mesmo o assunto discutido por séculos, o primeiro ordenamento jurídico que proibia a crueldade foi na Irlanda, em 1635.

Contudo, conforme afirma Silva (2011, p. 57-58) o Brasil por muito tempo não continha nenhuma lei que proibisse a destruição do meio ambiente. Em concordância com o mencionado, Catalan (2008, p. 109-110) confirma que somente em “1970 que os textos constitucionais passaram a dar o devido valor ao meio ambiente”. E continuou “na Constituição da Bulgária de 1971, que seu artigo 31 versou sobre a proteção da natureza e de seus elementos estruturais, impondo ao Estado e também aos cidadãos o poder-dever de protegê-lo.”

Desta forma, no Brasil a primeira disposição ocorreu no Código Civil de 1916, no qual tratava os animais como objetos, considerando-os propriedade dos homens. Em seguida, no ano de 1934, a criação do Decreto n.º 24.645, que regulamentou a proteção dos animais contra a crueldade (SPAREMBERGER; LACERDA, 2015, p. 191).

Conforme Sarlet, Machado e Fensterseifer (2015) este decreto foi considerado uma revolução na proteção jurídica dos animais, pois o Ministério Público foi incumbido atuar em matéria ambiental. Além do “que, sem dúvida, foi uma inovação para a época, uma vez que a consagração jurídica da legitimidade do Ministério Público para a proteção ambiental só teria sido consagrada na Lei n. 6.938/81 (art. 14, §1º).³” Outrossim, Catalan (2008, p. 115) afirma que a referida Carta Magna atribuiu ao Ministério Público a responsabilidade de proteger o meio ambiente.

Por seguinte, no ano de 1941, a Lei de Contravenções Penais foi redigida, desta forma, os maus-tratos entraram para o rol de Contravenções Penais, porém, esta lei foi revogada mais tarde.

Adiante, em 1965, entra em vigor o Código Florestal, o qual amplifica a proteção da flora. Conforme Fonseca (2012, p. 8) o referido código protegia diversos tipos de florestas, como a de preservação permanente, pois é notável sua importância para a reprodução da vida animal. No entanto, neste período está exposta a dificuldade de conciliar a proteção ambiental e o setor econômico, de acordo com Milaré (2015, p. 65-69) percebe-se uma resistência da sociedade capitalista com o desenvolvimento sustentável.

Ademais, em 1967 foi promulgada a Lei n. 5.197, a qual foi criada para a proteção da fauna brasileira e revogar o Código de Caça de 1943, que regravava a caça de animais e a perseguição aos mesmos. De acordo com Silva (2011, p. 202), a fauna foi declarada propriedade do Estado Brasileiro, que deve ser preservada e protegida.

Neste sentido, a Declaração de Estocolmo,⁴ de 1972, preocupou-se com a proteção do meio ambiente, decretando que todo ser humano tem direito

³ Art 14 [...] § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. (BRASIL, 1981).

⁴ Princípio 1: 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

de apreciar a natureza em qualquer geração, atual ou futura, assim, devendo ser protegido direito fundamental do indivíduo (GAVIÃO FILHO, 2005, p. 21).

Por conseguinte, Catalan (2008, p. 111) expõe que a “Constituição de Portugal de 1976 [...] acaba por impor a toda a sociedade o dever de zelar pelo meio ambiente, haja vista a natureza difusa do interesse em questão.”

Desse modo, no dia 27 de janeiro de 1978, a ONU promulgou em Bruxelas, a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, no qual em quatorze artigos trouxeram as proteções à vida e integridade física dos animais. Outrossim, Milaré (2015, p. 565) afirma que na Declaração supracitada ficou proibido o divertimento humano utilizando animais e que tais eventos são incompatíveis com a dignidade do animal.

[...] Mas apenas em 1978, foi apresentado o feito mais louvável em proteção dos Direitos dos Animais: a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, da qual diversos países são signatários, inclusive o Brasil, muito embora não a tenha ratificado até a presente data. Ainda que existam inúmeras convenções internacionais e lei protecionistas, essa Declaração é a mais bela obra existente em prol da vida e da integridade dos Animais. (RODRIGUES, 2012, p. 65).

Nas constituições anteriores não havia nenhuma regulamentação quanto à proteção ao meio ambiente, pois preocupavam-se com os direitos individuais e sociais. Todavia, a grande ascensão, dos direitos ao meio ambiente, se deu com a promulgação da Constituição de 1988, a qual delegou ao Poder Público, no artigo 225,⁵ §1º, inciso VII, a proteção da fauna e da flora, proibindo a degradação ecológica e a crueldade com os animais.

vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras [...] (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1972, grifo nosso).

⁵ Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...].

Destarte, Milaré (2015, p. 162) afirma que na Constituição Brasileira de 1988 a proteção ao meio ambiente foi visto com outro olhar em comparação com o que era presenciado até aquele momento, ganhando uma identidade própria e adquirindo autonomia em relação aos outros bens protegidos.

Assim sendo, conforme Sarlet et al. (2010, p. 13), a Carta Magna supracitada, conferiu o status de direito fundamental do indivíduo e da coletividade, ademais, legitimou a preservação ambiental.

Por seguinte, Silva (2011, p. 48) reconhece que a Constituição Federal de 1988 foi delineada no direito ambiental, trazendo em sua redação um capítulo próprio sobre o meio ambiente.

Defronte, no dia 12 de fevereiro de 1998, foi criada a Lei Federal n. 9.605, onde prevê crimes ambientais, fixando sanções administrativas e penais a quem descumprir a legislação, ampliando as leis esparsas e complementando a Constituição Federal, para prevenir que tais atos voltassem a se repetir.

Posteriormente, foi elaborada a Lei n. 9.985/2000, que teve como objetivo a preservação de espécies e a restauração da biodiversidade do ecossistema natural, promovendo assim dignidade da pessoa humana através do desenvolvimento sustentável. Ainda, instituiu o Sistema Nacional de Conservação da Natureza, com o intuito de promover o desenvolvimento sustentável e preservar a flora e a fauna.

De acordo com Fiorillo (2004, p. 113-115) foi criada a Lei n. 10.519/2002, dispõe que, sendo realizada prática cultural utilizando animais, deve ser comunicado anteriormente algum órgão estadual e seja indicado um médico veterinário responsável, além disso, os animais deverão ser avaliados pela defesa sanitária para que não haja crueldade com os semoventes.

Em seguida, no dia 08 de outubro de 2008, foi regulamentada a Lei n. 11.794 que legislou sobre os procedimentos para o uso científico de animais.

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (BRASIL, 1988).

Diante disso, há necessidade de um desenvolvimento na proteção dos semoventes pela legislação, considerando o caráter genérico das normas existentes. Desta forma, ocorrem muitos casos de crueldade e morte dos animais, pelo fato de não serem fiscalizados atos por não encontram respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo sendo direito fundamental do ser humano.

2.1 A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS ANIMAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Portanto, diante do exposto, apesar da necessidade de evolução na proteção dos animais, verifica-se avanços, como no caso da crueldade contra animais, esta proibida no Brasil. Neste sentido, o meio ambiente, que é composto também pelos animais, é um direito fundamental de terceira geração, além de estar previsto no artigo 225 da Constituição Federal como supracitado. Diante disso, não é permitida a prática de mutilação, maus tratos ou qualquer crueldade com os animais.

Assim sendo, Catalan (2008, p. 36) afirma que a legislação brasileira prima “pela defesa da vida, por meio da tutela e proteção do meio ambiente, buscando disciplinar a conduta do homem no tratamento dos bens ambientais, objetivando a preservação e conservação dos mesmos.”

Por conseguinte, Bonavides (apud BREGA FILHO 2002, p. 25) afirma que os direitos fundamentais são divididos em gerações. Sendo a primeira geração os direitos individuais, os da segunda, são os direitos sociais, e por fim, os da terceira geração são os “direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo o ápice é a democracia.”

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2000, p. 58), o direito ao meio ambiente encontra-se no rol dos principais direitos de solidariedade, fazendo parte da terceira geração dos direitos fundamentais.

Destarte, Reis (2013, p. 304) afirma que quando se fala em tutela ao meio ambiente, fala-se em proteção a qualidade de vida, a algo que é essencial ao desenvolvimento humano, que os elementos e valores do meio ambiente ecologicamente equilibrado o tornam um direito fundamental, visando à dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, conforme Sarlet et al. (2010, p. 12), no final do século XX, as cartas magnas de vários países proclamaram o direito ao meio ambiente como direito fundamental, utilizando como base no princípio da dignidade da pessoa humana, a qual precisa uma proporção para ter uma vida digna.

Consoante, Édis Milaré (2015, p. 258) afirma que o legislador adicionou o artigo supracitado como um direito fundamental da pessoa humana, para que a população possa desfrutar de um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado.

Desta forma, diante da grandiosa relevância é considerado direito fundamental, sendo um bem de uso comum do povo, onde recebeu proteção legislativa com a Lei n. 9.605/98, no qual complementou o artigo 5º, XLI,⁶ da Constituição Federal, que determina a punição dos crimes ambientais (FIORILLO, 2004, p. 47).

Consequentemente, os semoventes adquiriram a condição de direito fundamental, pois fazem parte do meio ambiente, atribuindo a própria dignidade. Segundo Ferreira Filho (2000, p. 62): “De todos os direitos de terceira geração, sem dúvida o mais elaborado é o direito ao meio ambiente.”

Da mesma maneira, o meio ambiente é tido como direito fundamental de terceira geração, mesmo que não conste no rol previsto na Constituição, o artigo 5º, §2º da Constituição Federal. Desta forma, o direito fundamental do meio ambiente deve ser respeitado como os outros direitos previstos no artigo

⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. (BRASIL, 1988).

5º da Constituição, pois o mesmo também está elencado como cláusula pétrea, conforme art. 60, §4º da Constituição Federal (BARROSO, 2016, p. 40).

Nesta perspectiva, Canotilho e Leite (2015, p. 236) complementam que o direito ambiental não admite retrocesso, incluíse trata-se de um direito fundamental, estando sua aplicabilidade incorporada ao artigo 5º da Carta Magna. Assim sendo, o artigo 60, § 4º, IV,⁷ da Constituição, não admite que direito fundamental seja abolido, desta maneira, considera-se cláusula pétrea devido à importância.

Neste sentido, Souza (2004, p. 91) reconhece que o direito ao meio ambiente saudável e a proteção do mesmo, responsabilizando-se pela garantia do direito fundamental demonstra a importância. Sendo que, vale ressaltar que devido a essa importância se torna um direito irrevogável e, desta forma, se equivale a uma cláusula pétrea. Diante disso, se torna imutável a qualquer Poder Constituinte que não seja o Originário.

Outrossim, Rodrigues (2003, p. 137) assegura que

Os animais têm direito à integridade física e psíquica e não podem continuar sendo submetido aos maus-tratos, aos exames científicos, às modificações genéticas, à vivisseção, ao excesso de trabalho e à restrição da liberdade. A omissão aos tratamentos de saúde e de alimentação, o abandono, o cativeiro ou o enjaulamento dos animais que estavam livres na Natureza é inaceitável.

Neste sentido, a legislação de proteção dos animais ocorre devido a interesses humanos, baseando-se visão antropocêntrica, a qual destaca-se a ambição do indivíduo sobre os direitos do semovente. De acordo com Milare (2013, p. 14) “Antropocentrismo é uma concepção genérica que, em síntese, faz do Homem o centro do Universo, ou seja, a referência máxima e absoluta de valores [...] de modo que ao redor desse “centro” gravitem todos os demais seres.”

⁷ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...]

IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL, 1988).

Segundo Almeida (2009, p. 649), “o antropocentrismo defende a centralidade indiscutível do ser humano e valoriza a natureza de um ponto de vista instrumental.” No entanto, afirma que mesmo com a centralidade, o meio ambiente deve ser protegido e preservado.

Entretanto, existe a posição contrária defensora do biocentrismo, que se define como todas as formas de vida são iguais, um precisando do outro para sobreviver, sendo que ninguém está na posição central.

Não podemos mais continuar com a indiferença pela vida e pelo sofrimento dos animais, a que estamos acostumados. Aprendendo a olhar o mundo com novos olhos, estaremos adotando o paradigma biocêntrico, isto é, estaremos valorizando a manifestação da vida em todos os níveis e, com ela, a desse outro elemento referido como ‘mente’ ou ‘psique’. Estou convencida de que a Ciência não nos autoriza a negar, para os animais, a possibilidade da existência de rudimentos, pelo menos, dessa dimensão abstrata. Pelo contrário, penso que ela, a Ciência, já nos autoriza a supor, com razoável segurança, a ocorrência, nos animais, dessa potencialidade – a Mente – ainda que primária, mas inegavelmente em evolução. (PRADA, 1997, p. 61-62).

Por seguinte, Levai (2010, p. 129) pontua que “os biocentristas sustentam que o ambiente também possui importância jurídica própria.” Nesse contexto, os animais fazem parte do rol da preocupação, pois é extrema importância à existência dos mesmos.

Assim sendo, os semoventes necessitam de legislação própria para sua proteção e a defesa de seus direitos, garantindo que não ocorram maus tratos, violando sua dignidade.

3 MANIFESTAÇÕES CULTURAIS UTILIZANDO ANIMAIS

Alguns hábitos culturais do povo brasileiro decorrem de práticas desportivas com animais, as quais violam a integridade física dos semoventes,

sendo possível citar a farra do boi, vaquejada e rinhas de galo, que podem causar lesões, estresse, maus tratos, inclusive a morte do animal.

Sendo assim, as manifestações culturais que utilizem animais, como a vaquejada, o rodeio e entre outras, onde ocorrem lesões no corpo do animal, muitas vezes fraturando e outras levando a morte, deveriam ser proibidas, mas encontram amparo legal em leis esparsas, como ocorre na Lei dos Rodeios. Essas leis contraditam a soberania da Constituição Federal, portanto legitimando a crueldade com os animais (SPAREMBERGER; LACERDA, 2015, p. 193).

Destarte, no Estado do Ceará foi promulgada a Lei n. 15.299/2013 a qual regulamentava a vaquejada como manifestação cultural e desportiva, permitindo que a crueldade continuasse. Contudo, o Procurador Geral da República postulou a ação direta de inconstitucionalidade contra a norma, alegando que viola o artigo 225, §1º, inciso VII, da Constituição Federal.

No entanto, contrapõem-se no direito constitucional que preserva a manifestação cultural e ao mesmo tempo a proteção dos animais contra crueldade. De acordo com Rodrigues (2003, p. 56), “Os animais vem pagando com a própria vida a irracionalidade humana. Com ataques constantes à fauna, várias espécies foram dizimadas e outras se encontram em processo de extinção.”

Neste prisma, Milaré (2011, p. 315) afirma que os tribunais superiores estão tendo decisões mais rigorosas quanto às atividades utilizando semoventes, pois essas provas utilizam métodos cruéis. Neste caso, continua a afirmação tomando como exemplo o rodeio que emprega um cinto na genitália do bovino para que sejam forçados a pular nas arenas, enquanto isso o humano se segura para não cair de cima do animal.

Outrossim, Levai (2004, p. 56) acrescenta que essas atividades podem ser realizadas de formas clandestinas, onde são utilizados choque elétrico e pauladas, além de serem empregadas jaulas para ingressar na arena, que acabam ocasionam dor intensa ao animal.

Além disso, outra prática é a tourada, sendo praticada na Espanha, soltam o touro em uma arena e o toureiro fica cravando uma faca em seu corpo,

até a morte, que é sofrida e lenta. Nessa atividade, são cortados os chifres para que o animal fique desorientado, colocam produtos em seus olhos para dificultar a visão, em seus órgãos genitais são colocados objetos pontiagudos, além de drogarem o animal, entre outras atitudes que prejudicam o animal (SIRVINSKAS, 2013, p. 604). Ainda, conforme Sirvinskas (2013, p. 604), são utilizados cavalos nessa performance, que também sofrem com a crueldade, pois “Suas cordas vocais são cortadas, seus ouvidos tampados com chumaço de papel molhado e seus olhos são vedados.”

Na mesma seara, a farra do boi é outra atividade, que ocorre em Santa Catarina, mais precisamente em Florianópolis, sendo bastante comum na Semana Santa e no Natal, a mesma se assemelha a tourada (LEITE; BELLO FILHO, 2004, p. 94).

Entretanto a atividade foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em 1997, pela maioria de votos, pois a manifestação se caracteriza pela perseguição e linchamento dos animais, onde munidos com paus, pedras, facas e varas, perseguem os animais sujeitando-os a espancamentos, fraturas, mutilações e queimaduras. De acordo com Sirvinskas (2013, p. 604) “Consiste a farra do boi em submeter o animal à fobia do público, que o persegue e o machuca durante o trajeto. O animal, cortado e ensanguentado, é sacrificado no final da brincadeira.”

A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado “farra do boi”. (RE 153.531-8,1997).

Na mesma linha que o exposto, Fiorillo (2013, p. 314) acrescenta que “O incentivo à manifestação cultural da farra do boi, dos rodeios e das

práticas religiosas que se utilizam de animais pode implicar a submissão de animais a crueldade.”

No ano de 2002, foi criada a Lei n. 10.519,⁸ que regulamenta o rodeio dispondo sobre como deve ser realizado. Na mesma direção, o Estado de São Paulo promulgou o Código de Proteção aos animais (Lei n. 11.977, de 25 de agosto de 2005) a qual veda a realização de touradas, simulacros de touradas e vaquejada, em locais públicos ou privados, também proibindo a apresentação de animais em espetáculos e ainda as provas de rodeio (SIRVINSKAS, 2013, p. 602).

Em conformidade com o exposto, também pode-se explanar sobre a rinha, conhecida como briga de aves, onde os animais entram em confronto em uma arena, podendo levá-los a morte. Contudo, com a promulgação do Decreto n. 50.620 de 1961, ficou proibida a realização de tal crueldade com os animais. Conforme Melo (2011, p. 313-314) utilizam a expressão atividade desportiva ou prática cultural a fim de tentar burlar a proteção constitucional da fauna, a qual tem o objetivo de inibir as atividades cruéis utilizando animais.

A promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da “farra do boi” (RE 153.531/SC) não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico. (BRASIL, 2011).

E por fim, outra prática cruel é a experimentação utilizando os semoventes, com intuito de realizar pesquisas e testes de produtos, e como

⁸ Art. 1º A realização de rodeios de animais obedecerá às normas gerais contidas nesta Lei. Parágrafo único. Consideram-se rodeios de animais as atividades de montaria ou de cronometragem e as provas de laço, nas quais são avaliados a habilidade do atleta em dominar o animal com perícia e o desempenho do próprio animal. (BRASIL, 2002).

consequência tem-se a morte dos animais. De acordo com Levai (2004, p. 63), “Os animais são utilizados em experimentos cruéis e acabam sendo mortos em conta de testes cirúrgicos, toxicológicos, comportamentais, neurológicos, oculares, cutâneos e vários outros.”

Além disso, o Conselho Federal de Medicina Veterinária proibiu atos desnecessários que modifiquem o comportamento natural do semovente, para que não sejam praticados atos cruéis com os animais (SIRVINSKAS, 2013, p. 601).

No entanto, em 2013, foi criada a Lei n. 15.299 no Estado do Ceará, tornando a vaquejada patrimônio cultural do Estado. Após, o Procurador Geral da República protocolou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.983. Outrossim, na votação da ação, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente, afirmando que a Lei Estadual violou a Constituição Federal. Nesta ocasião, Mello (BRASIL, 2016, p. 13) afirmou que “a atividade de perseguir animal que está em movimento, em alta velocidade, puxá-lo pelo rabo e derrubá-lo, sem os quais não mereceria o rótulo de vaquejada, configura maus-tratos.” Também reiterou que haveria crueldade intrínseca, mencionando laudos que comprovam as consequências nocivas a saúde dos animais, como fraturas nas patas, no rabo, ruptura de ligamentos, dos vasos sanguíneos, entre outras consequências.

Desta forma, não havia como não ocorrer situações que o animal não sofresse com a violência física e mental quando submetido a esse tratamento degradante. Consequentemente Mello (BRASIL, 2016, p. 13) declarou que “a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988.”

Da mesma maneira, Barroso (BRASIL, 2016, p. 40) reitera que o meio ambiente é significativo como os outros direitos fundamentais e que por alguns autores é relacionada à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial. Em continuidade, declara que não se pode ver os animais apenas como elementos do meio ambiente, como se fossem uma fração da função ecológica.

Outrossim, Weber (apud BRASIL, 2016, p. 73) reconhece que existe dignidade além da pessoa humana, de modo que introduz a dimensão ecológica ao Estado de Direito.

Por fim, a decisão foi julgada procedente, declarando a inconstitucionalidade da referida norma, pois, como exposto, fere a Constituição Brasileira, além de prejudicar o meio ambiente, bem como a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental.

No entanto, a Lei n. 10.428, de 20 de janeiro de 2015, da Paraíba e Lei n. 1.906, de 19 de junho de 2015, do Amapá foram promulgadas nos respectivos Estados e foi requerida a inconstitucionalidade das normas. Entretanto, transitaram em julgado por terem perda de objeto diante da Emenda Constitucional 96/2017.

Como o exposto, as atividades culturais envolvendo animais são cruéis, que lesionam o semovente, e muitas vezes causam a morte do ser não humano. Desta forma, causam muito sofrimento dos seres sencientes e lesam a legislação constitucional do País. Neste sentido, as práticas deveriam ser, de modo abrangente, proibidas e fiscalizadas assiduamente.

4 EMENDA CONSTITUCIONAL

Todavia, no dia 6 de junho de 2017, foi proposta a Emenda Constitucional 96/2017, acrescentando ao artigo 225^º da Constituição Federal, mais especificamente o §7^º, a qual torna essas manifestações patrimônio cultural imaterial e desconsiderando-as como práticas cruéis.

Adiante, foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade questionando a referida Emenda que libera as atividades culturais que

⁹ § 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 96, de 2017). (BRASIL, 1988).

utilizam animais nas práticas desportivas, pois foi vista como uma manobra para legalizar a vaquejada, diante da inconstitucionalidade da Lei n. 15.299, proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, outras decisões semelhantes foram utilizadas como precedentes.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.728, está sendo relatada pelo Ministro Dias Toffoli, o qual empregou a Lei n. 9.868/99, artigo 12, definindo que a decisão deverá ser de caráter definitivo, devido à importância da matéria.

Assim, entende-se que, como já havia sido proferida uma decisão do Supremo Tribunal Federal, considerando que o direito ao meio ambiente equilibrado tem prioridade em relação à Lei, esta Emenda seria inconstitucional. Segundo artigo 102 § 2º da Constituição Federal,¹⁰ as decisões da suprema corte têm eficácia erga omnes. De acordo com a decisão do referido órgão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939, uma Emenda Constitucional que foi promulgada pelo Poder Constituinte derivado, a qual viola a Carta Magna Originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo órgão superior, cuja função principal é proteger a Constituição.

Neste sentido, os senadores e deputados federais exercendo por delegação o poder constituinte, devem respeitar as normas dispostas na Constituição, entre estas a cláusula pétrea do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, não devendo se considerar titular do poder originário (BARROSO, 2016).

A partir disso, Sarlet (2004, p. 61) afirma que as normas são materialmente e formalmente constitucionais. Para serem modificadas é necessário manter o núcleo fundamental intacto e que se houver alguma

¹⁰ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (BRASIL, 1988).

tentativa de abolir com tais princípios essenciais devem ser repelidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Desta forma, Janot (BRASIL, 2016) afirma que é “evidente o desrespeito à ordem constitucional” a qual aprovou a emenda de forma incompatível com as normas constitucionais que vedam tal prática.

Em consonância, houve violação o Princípio da Proibição do Retrocesso, tendo entendimento jurisprudencial consolidado, a qual não pode extinguir um direito já existente. Desta forma, vem buscando, no decorrer dos anos, constituir um ordenamento de prevenção ao meio ambiente (MANDRUCA, 2017, p. 14).

Outrossim, a proibição da crueldade prevalece sobre a proteção cultural, pois, conforme Janot, (BRASIL, 2016) não há como ter as manifestações sem que os animais saiam machucados. Em conformidade a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal segue o mesmo pensamento.¹¹

¹¹ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - BRIGA DE GALOS (LEI FLUMINENSE N. 2.895/98)- LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE, PERTINENTE A EXPOSIÇÕES E A COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES, FAVORECE ESSA PRÁTICA CRIMINOSA - DIPLOMA LEGISLATIVO QUE ESTIMULA O COMETIMENTO DE ATOS DE CRUELDADE CONTRA GALOS DE BRIGA - CRIME AMBIENTAL (LEI N. 9.605/98, ART. 32) - MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAUNA (CF, ART. 225, § 1º, VII) - DESCARACTERIZAÇÃO DA BRIGA DE GALO COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL - RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL IMPUGNADA - AÇÃO DIRETA PROCEDENTE. LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE AUTORIZA A REALIZAÇÃO DE EXPOSIÇÕES E COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES - NORMA QUE INSTITUCIONALIZA A PRÁTICA DE CRUELDADE CONTRA A FAUNA - INCONSTITUCIONALIDADE. - A promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da “farra do boi” (RE 153.531/SC), não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico. Precedentes. - A proteção jurídico-constitucional dispensada à fauna abrange tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinhas, pois o texto da Lei Fundamental vedou, em cláusula genérica, qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade. - Essa especial tutela, que tem por fundamento legitimador a autoridade da Constituição da República, é motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitarem todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida, não fora a vedação constitucional, por

Neste sentido, podem-se citar legislações que proibiram manifestações culturais que ofendem a Constituição Federal, como a Lei n. 11.977¹² de 2005 do Estado de São Paulo que veda qualquer realização ou promoção de lutas entre animais.

Em consonância, no Estado de Santa Catarina foi proibida a farra do boi, pois é intrinsecamente cruel com os animais, pois o animal fica afastado da água e da comida, deixando o bovino desorientado. Desta forma, o animal fica mais frágil para ser atacado e machucado, sendo que ao final é sacrificado. No recurso extraordinário n. 153.531 os Ministros do Supremo Tribunal Federal afirmam que “obrigação do Estado de assegurar a todos os cidadãos o pleno exercício de direitos culturais, promovendo a apreciação e difusão de manifestações culturais”, não exime o mesmo de verificar o dispositivo que proíbe o tratamento cruel de animais.

práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais, como os galos de briga (“gallus-gallus”). Magistério da doutrina. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. - Não se revela inepta a petição inicial, que, ao impugnar a validade constitucional de lei estadual, (a) indica, de forma adequada, a norma de parâmetro, cuja autoridade teria sido desrespeitada, (b) estabelece, de maneira clara, a relação de antagonismo entre essa legislação de menor positividade jurídica e o texto da Constituição da República, (c) fundamenta, de modo inteligível, as razões consubstanciadoras da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor e (d) postula, com objetividade, o reconhecimento da procedência do pedido, com a conseqüente declaração de ilegitimidade constitucional da lei questionada em sede de controle normativo abstrato, delimitando, assim, o âmbito material do julgamento a ser proferido pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes. (BRASIL, 2011, grifo nosso).

12 Artigo 2º - É vedado:

- I - ofender ou agredir fisicamente os animais, sujeitando-os a qualquer tipo de experiência, prática ou atividade capaz de causar-lhes sofrimento ou dano, bem como as que provoquem condições inaceitáveis de existência;
- II - manter animais em local desprovido de asseio ou que lhes impeça a movimentação, o descanso ou os privem de ar e luminosidade;
- III - obrigar os animais a trabalhos excessivos ou superiores às suas forças e a todo ato que resulte em sofrimento, para deles obter esforços que não se alcançariam senão com castigo;
- IV - não propiciar morte rápida e indolor a todo animal cujo abate seja necessário para consumo;
- V - não propiciar morte rápida e indolor a todo animal cuja eutanásia seja recomendada;
- VI - vender ou expor à venda animais em áreas públicas sem a devida licença de autoridade competente;
- VII - enclausurar animais conjuntamente com outros que os molestem;
- VIII - exercitar cães conduzindo-os presos a veículo motorizado em movimento;
- IX - qualquer forma de divulgação e propaganda que estimule ou sugira qualquer prática de maus-tratos ou crueldade contra os animais. (SÃO PAULO, 2005).

Outra manifestação vedada é a rinha de galo, conforme o Decreto n. 50.620, de 18 de maio de 1961, que proíbe rinha com qualquer animal. Em seu artigo 3º, as autoridades ficam incumbidas de providenciar o fechamento de locais onde as crueldades com os animais forem praticadas.

Contudo, Barroso (2016, p. 13) afirma que a manifestação cultural que submeta o animal a violência, crueldade ou maus-tratos é incompatível com a vedação do artigo 225, parágrafo 1º, inciso VII, da Constituição Federal, pois tal regulação não tem como evitar que as práticas culturais sejam realizadas e que resulta na descaracterização do direito a cultura. Além disso, frisou que independente da lei que for criada não será possível impedir tal crueldade.

Neste sentido, as decisões do Supremo Tribunal Federal, que tiveram como objeto a colisão de normas ambientais e normas culturais, têm sido no âmbito da proteção aos animais e proibindo as atividades culturais cruéis que utilizam animais.

PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do artigo 103 do Diploma Maior, incumbe ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade. VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, *não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade*. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada. (BRASIL, 2016, grifo nosso).

Neste sentido, não se pode mudar entendimento consolidado pela Instância Maior, e ferir o direito fundamental e cláusula pétrea, previstos na Constituição Federal.

5 CONCLUSÃO

Durante séculos, os semoventes são tratados como seres inferiores, que só servem para suprir a necessidade dos humanos, realizando trabalhos forçados e sendo maltratados para a diversão dos indivíduos. Diante disso, a legislação brasileira reflete as crenças da sociedade, a qual encontra dificuldade para vetar comportamentos cruéis com os seres sencientes.

Entretanto, a proteção aos seres não humanos pertence ao direito fundamental e cláusula pétrea do meio ambiente equilibrado, que em questão trata-se de fundamento da dignidade da pessoa humana, mas principalmente da dignidade do semovente. Assim sendo, o artigo 225, §1º, inciso VII, da Constituição Federal é a materialização da proibição das práticas cruéis que ocorrem nas manifestações culturais utilizando animais, decorrendo do direito fundamental supracitado.

Neste sentido, mesmo que os legisladores e os constituintes utilizem a visão antropocêntrica, no ordenamento jurídico ambiental pode-se perceber a influência da visão biocentrista, a qual prioriza o meio ambiente, e que se tornará mais frequente na proteção do ecossistema, importante para sua preservação.

Assim sendo, as práticas culturais que utilizam seres sencientes, a qual causam machucados, várias fraturas, até, em muitos casos, a morte do animal, são atividade cruéis que deveriam ser proibidas, assim como algumas já foram, por lesionarem a legislação e a dignidade do semovente.

Além disso, as decisões do Supremo Tribunal Federal, tornando inconstitucionais, algumas atividades que maltratam os animais, como pode-se citar as rinhas de galo e a farra do boi, foram utilizadas de precedente para a

Ação Direta de Constitucionalidade n. 4.983, que questionava a Lei do Estado do Ceará, a qual reconheceu-se afrontar a Carta Magna, como deveria ocorrer devido à gravidade da atividade.

No entanto, como manobra política, foi aprovado o projeto de Emenda Constitucional, conhecida como PEC da Vaquejada, incluindo manifestações culturais que utilizam animais como patrimônio cultural, não considerando como atividades cruéis, a qual fere o Poder Constituinte Originário e contradiz a cláusula pétreia presente na Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

Contudo, ofendem o princípio da dignidade humana e o direito fundamental do meio ambiente equilibrado, que como direito difuso se sobrepõe ao direito a cultura.

Então, através da evolução da legislação e do entendimento reiterado do Supremo Tribunal Federal, além do exposto, espera-se que a Ação Direta de Constitucionalidade n. 5.728, referente à Emenda Constitucional 96/2017, seja julgada inconstitucional, pois confronta gravemente os direitos expostos no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BARROSO, R. C. PEC 65/2012 afronta profundamente o direito ao meio ambiente. *Consultor Jurídico*, 12 maio 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-15/ricardo-barroso-pec-652012-afronta-direito-meio-ambiente#author>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BLANCO, C. S. T. O Enquadramento Constitucional dos animais não humanos. *Revista Brasileira de Direito Animal*, São Paulo, v. 8, n. 12, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n. 96, de 6 de junho de 2017. Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. *In*: VADE MECUM. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

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, 2 set. 1981.

BRASIL. Lei n. 10.519, de 17 de julho 2002. Dispõe sobre a promoção e a fiscalização da defesa sanitária animal quando da realização de rodeio e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 jul. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.856 – RJ*. Relator: Ministro José Celso de Mello Filho, 29 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1856&processo=1856>. Acesso em: 21 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.703 – RR*. Relatora: Ministra Rosa Weber, 30 de novembro de 2017. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=vaquejada&processo=5703>. Acesso em: 21 de junho de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.728 – DF*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Aguardando julgamento. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5728&processo=5728>. Acesso em: 21 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.983 – CE*. Relator: Ministro Marco Aurélio, 6 de outubro de 2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=4027060&tipo=TP&descricao=ADI%2F4983>. Acesso em: 21 jun. 2018.

BREGA FILHO, V. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: Conteúdo Jurídico das Expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Decreto n. 50.620, de 18 de Maio de 1961. Proíbe o funcionamento das rinhas de “briga de galos” e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 maio 1961. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-50620-18-maio-1961-390463-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 15 jun. 2018.

CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2015. 532 p.

CATALAN, M. *Proteção constitucional do meio ambiente e seus mecanismos de tutela*. São Paulo: Método, 2008. 206 p.

CEARÁ. Lei n. 15.299, de 8 de janeiro de 2013. Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará. *Diário Oficial*, Fortaleza, 8 jan. 2013. Disponível em: <http://www.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis2013/15299.htm>. Acesso em: 19 jun. 2018

DINIZ, M. H. Ato de crueldade ou de maus tratos contra animais: um crime ambiental. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 13, n. 1, p. 96-119, jan./abr. 2018.

FERREIRA FILHO, M. G. *Direitos Humanos Fundamentais*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FIORILLO, C. A. P. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 5. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. 428 p.

FONSECA, B. da C. R. V. As Principais Alterações Trazidas Pelo Novo Código Florestal Brasileiro. *Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, p. 26, 2012.

GORDILHO, H. J. de S.; SILVA, T. T. de A. Animais em juízo: direito, personalidade jurídica e capacidade processual. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 17, n. 65, p. 333-362, mar. 2012.

LACERDA, B. A. Pessoa, dignidade e justiça: a questão dos direitos dos animais. *Revista Ética e Filosofia Política*, Juiz de Fora, v. 2, n. 15, dez. 2012.

LEVAI, L. F. *Direito dos Animais*. São Paulo: Mantiqueira, 2004.

LEVAI, L. F. Ética ambiental biocêntrica: pensamento compassivo e respeito à vida. In: ANDRADE, S. (org.). *Visão abolicionista: ética e direitos animais*. São Paulo: Libra Três, 2010.

MACHADO, P. A. L. *Direito ambiental brasileiro*. 24. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. 1407 p.

MARTINI, S. R.; AZEVEDO, J. L. de. Sobre a vedação constitucional de crueldade contra animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 13, n. 1, p. 193-215, jan./abr. 2018.

MÓL, S.; VENANCIO, R. *A Proteção Jurídica Dos Animais No Brasil: uma breve história*. São Paulo: Ed. FGV, 2015. 142 p.

NACONECY, C. M. *Ética & animais: um guia de argumentação filosófica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006. 234 p.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de Estocolmo*. 1972.

PRADA, I. *A alma dos animais*. Campos do Jordão: Mantiqueira, 1997.

REIS, J. E. de A. *O direito ao ambiente e o direito à moradia: colisão e ponderação de direitos fundamentais*. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 10, n. 20, p. 289- 314, jul./dez. 2013. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/416/378>. Acesso em: 11 abr. 2016.

RODRIGUES, D. T. *O direito & os animais, uma abordagem ética, filosófica e normativa*. Curitiba: Juruá, 2003.

SÃO PAULO. *Lei n. 11.977*, de 25 de agosto de 2005. Institui o Código de Proteção aos Animais do Estado e dá outras providências. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 25 ago. 2005.

SARLET, I. W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 158 p.

SARLET, I. W. *et al.* (org.). *Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 188 p.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. *Direito constitucional ambiental: estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 283 p.

SILVA, J. A. da. *Direito ambiental constitucional*. 9. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011. 357 p.

SILVA, T. T. de A. *Introdução aos direitos dos animais*. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 16, n. 62, p. 141-166, jun. 2011.

SIQUEIRA FILHO, V.; LEITE, R. de A. *et al.* *A prática da vaquejada em xeque: considerações sobre a ação direta de inconstitucionalidade n. 4.9831. Direito Animal Comparado*, Mossoró, 2015.

SIRVINSKAS, L. P. Tutela penal do meio ambiente. Breves considerações atinentes à Lei n. 9.605, de 12-2-1998. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOUZA, L. C. de. O meio ambiente na constituição federal. *Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta*, Jundiaí, ano 5, n. 9, p. 87-92, nov. 2004.

SPAREMBERGER, R. F. L.; LACERDA, J. Os Animais No Direito Brasileiro: Desafios E Perspectivas. *Revista Amicus Curiae*, Criciúma: Universidade do Extremo Sul Catarinense, v. 12, n. 2, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://periodicos.unesc.net/amicus/about>. ISSN: 2237-7395.

TELINO, H. O STF a Vaquejada: breves comentários sobre o Acórdão da ADI n. 4.983. *Jusbrasil*, 2017. Disponível em: <https://htelino.jusbrasil.com.br/artigos/392865572/o-stf-a-vaquejada-breves-comentarios-sobre-o-acordao-da-adi-n-4983>. Acesso em: 10 jun. 2018.

VILHENA, M. dos S. O princípio da proibição do retrocesso ecológico em face da dignidade humana. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 17, n. 123, abr. 2014. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revis-ta_artigos_leitura &artigo_id=14049. Acesso em: 2 jun. 2018.

A RELEVÂNCIA JURÍDICA DA ATA NOTARIAL

Barbara Antonia Tigre Chinato¹

Roni Edson Fabro²

Resumo: A segurança jurídica existente na comprovação de fatos por meio da ata notarial, instrumento lavrado por tabelião – sujeito dotado de fé pública que garante segurança aos fatos ocorridos nas diversas esferas da sociedade, é reconhecida como meio probatório pelo Código de Processo Civil, em seu artigo 384 e instrumentalizada pelo Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina, tendo adentrado no direito brasileiro com a Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994, que regula a atividade notarial e registral. É necessário conhecer com mais clareza tal instrumento, por se tratar de meio pelo qual os fatos saem do mundo dos acontecimentos e passam para o plano válido jurídico. A evidente necessidade do Direito caminhar em consonância com o avanço da sociedade e as poucas normas brasileiras que tratam sobre ata notarial, demonstram a urgência de normas que preencham as lacunas deixadas pelo descaso do legislador em relação à atividade notarial e à ausência da doutrina para suprir as lacunas legislativas. Portanto, busca-se compreender o instrumento público da ata notarial e reconhecer sua força probatória dentro de todo sistema jurídico processual brasileiro, especificando os diferentes tipos de instrumentos lavrados pelo tabelião.

Palavras-chave: Ata Notarial. Tabelião. Segurança jurídica. Processo Civil.

1 INTRODUÇÃO

Diante do avanço social e conseqüente adaptação do meio jurídico, o presente trabalho propõe uma análise sobre o uso da ata notarial como meio de prova no direito brasileiro, mediante a inovação trazida pelo Novo Código de Processo Civil vigente. De tal análise inicial, se faz necessário compreender

¹ Graduanda no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; btigrec@gmail.com

² Mestre em Relações Internacionais pela Universidade do Sul de Santa Catarina e em Direitos Fundamentais Cíveis pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Doutorando em Educação na Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; Professor no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; Advogado; roni.fabro@unoesc.edu.br

a função notarial no Brasil, bem como os princípios aplicáveis à atividade e as garantias legais que dão competência ao profissional para lavrar o documento ora analisado, principalmente as trazidas pela Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994, que regulamenta o artigo 236³ da Constituição Federal e dispõe sobre o serviço notarial e registral. Verifica-se, também, conceito, objeto, forma, estrutura, requisitos e tipos de atas notariais frente à realidade do direito brasileiro.

Após analisadas e compreendidas tais questões, estuda-se o documento ora analisado nos meios típicos de prova trazidos pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Novo Código de Processo Civil). Importante observar que antes da vigência do CPC/2015, a ata notarial era utilizada como meio atípico de prova no direito processual civil com base no princípio da atipicidade da prova e na interpretação dos artigos 212,⁴ incisos I, II, III, IV e V e 215,⁵

³ Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. (BRASIL, 1988).

⁴ Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:

I - confissão;

II - documento;

III - testemunha;

IV - presunção;

V - perícia. (BRASIL, 2002).

⁵ Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.

§ 1º Salvo quando exigidos por lei outros requisitos, a escritura pública deve conter:

I - data e local de sua realização;

II - reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato, por si, como representantes, intervenientes ou testemunhas;

III - nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais comparecentes, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do outro cônjuge e filiação;

IV - manifestação clara da vontade das partes e dos intervenientes;

V - referência ao cumprimento das exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato;

VI - declaração de ter sido lida na presença das partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram;

VII - assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião ou seu substituto legal, encerrando o ato.

§ 2º Se algum comparecente não puder ou não souber escrever, outra pessoa capaz assinará por ele, a seu rogo.

§ 3º A escritura será redigida na língua nacional.

§ 4º Se qualquer dos comparecentes não souber a língua nacional e o tabelião não entender o idioma em que se expressa, deverá comparecer tradutor público para servir de intérprete, ou,

do Código Civil; 332⁶ e 364,⁷ do CPC/1973; artigo 19,⁸ II, da CF/88 e jurisprudência pátria. Após a vigência do CPC/2015, a ata notarial passa, então, a ser prevista como meio típico de prova pelo artigo 384 do aludido novo código, o que permite que seja feita uma reflexão jurídica a respeito das alterações trazidas por esta adequação legislativa e os benefícios jurídicos e sociais capazes de serem alcançados com a nova roupagem conferida a este documento probatório.

2 O TABELIÃO

O tabelião – sujeito dotado de fé pública que garante segurança aos fatos ocorridos nas diversas esferas da sociedade, atua em conformidade com a Lei n. 8.935/94, que regula a atividade notarial e registral em nosso país.

A competência do tabelionato de notas é a definida no artigo 7⁹⁹ da Lei n. 8.935/94. As vedações quanto ao desempenho de suas atividades dizem respeito ao alcance territorial de sua atividade, as quais estão postas no artigo

não o havendo na localidade, outra pessoa capaz que, a juízo do tabelião, tenha idoneidade e conhecimento bastantes.

§ 5º Se algum dos comparecentes não for conhecido do tabelião, nem puder identificar-se por documento, deverão participar do ato pelo menos duas testemunhas que o conheçam e atestem sua identidade. (BRASIL, 2002).

⁶ Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa. (BRASIL, 1973).

⁷ Art. 364. O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença. (BRASIL, 1973).

⁸ Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;
II - recusar fé aos documentos públicos;
III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si. (BRASIL, 1988).

⁹ Art. 7º Aos tabeliões de notas compete com exclusividade:
I - lavrar escrituras e procurações, públicas;
II - lavrar testamentos públicos e aprovar os cerrados;
III - lavrar atas notariais;
IV - reconhecer firmas;
V - autenticar cópias.

9^o¹⁰ do mesmo instrumento legislativo, sendo exclusiva sua competência no município em que recebeu seu ofício por delegação. Ainda, de acordo com Rufino Larraud, citado e comentado por Brandelli (2004, p. 126):

Função notarial é aquela atividade jurídico-cautelar cometida ao notário, que consiste em dirigir imparcialmente aos particulares na individualização regular dos seus direitos subjetivos, para dotá-los de certeza jurídica conforme às necessidades do tráfico e de sua prova eventual. Note-se que tal conceito encerra um conteúdo definido (direção jurídica dos particulares no plano da realização espontânea do direito), um objeto (os direitos subjetivos dos particulares em sua etapa de individualização), e um fim (a certeza jurídica dos direitos subjetivos, amoldando-os às necessidades do negócio e de sua prova eventual).

O tabelião é, portanto, o sujeito que materializa, por meio de uma delegação do serviço público, a vontade das partes, fazendo com que atos e negócios jurídicos feitos por particular possam ter validade perante terceiros (princípio da publicidade). A partir de seu intermédio nas questões pertinentes à modificação de fatos da vida civil, documentos passam a ter validade e negócios são revestidos da formalidade que a lei exige.

3 A SEGURANÇA DO ATO

Atualmente a ata notarial é um dos principais meios de provas existentes no sistema jurídico brasileiro, assegurada pelo arcabouço legislativo vigente. No entanto, persistiu a demora ao reconhecimento processual da ata como meio de prova. Como consequência disso a deficiência inclusive por

Parágrafo único. É facultado aos tabeliões de notas realizar todas as gestões e diligências necessárias ou convenientes ao preparo dos atos notariais, requerendo o que couber, sem ônus maiores que os emolumentos devidos pelo ato. (BRASIL, 1994).

¹⁰ Art. 9º O tabelião de notas não poderá praticar atos de seu ofício fora do Município para o qual recebeu delegação. (BRASIL, 1994).

profissionais da área jurídica acerca da mesma, leva à má ou pouca utilização do instrumento.

Diante do avanço social e consequente adaptação do meio jurídico, o presente trabalho propõe uma análise sobre o uso da ata notarial como meio de prova no direito brasileiro, mediante a inovação trazida pelo Novo Código de Processo Civil vigente. De tal análise inicial, se faz necessário compreender a função notarial no Brasil, bem como os princípios aplicáveis à atividade e as garantias legais que dão competência ao profissional para lavrar o documento ora analisado.

3.1 LEGALIDADE

A Constituição Federal de 1988 modificou o regime jurídico da função notarial e registral no Brasil, com a redação de seu artigo 236, quando os cartórios deixaram de integrar os órgãos da Administração Pública Direta e passaram a ser representados por particulares, que prestam serviço público e recebem a delegação do serviço notarial ou registral por meio de concurso público obrigatório, submetidos à fiscalização do Poder Judiciário. Entretanto, apenas após 1994, com o advento da Lei n. 8.935 de 18 de novembro de 1994, conhecida como Lei dos Cartórios, que regulamenta o art. 236 da CF/88, é que os registros públicos passaram por efetivas mudanças, ganharam melhor regulamentação e diretrizes mais bem estabelecidas para o exercício dos serviços notariais e de registro em todas as suas espécies e, notadamente, há cerca de uma década essa atividade tem sido considerada um dos apoios mais promissores do sistema jurídico para desafogar o Poder Judiciário do grande volume de processos.

Os serviços notariais e de registro, de acordo com o art. 1^o¹¹ da Lei n. 8.935/94, são aqueles cuja finalidade é garantir publicidade, autenticidade,

¹¹ Art. 1^o Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos. (BRASIL, 1994).

eficácia e segurança aos atos jurídicos e podem ser divididos em tabelionatos de notas, tabelionatos e oficiais de registro de contratos marítimos, tabelionatos de protestos de títulos, oficiais de registro de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas, oficiais de registro de imóveis, oficiais de registro civil das pessoas naturais e de interdições e tutelas e oficiais de registro de distribuição, conforme art. 5^o¹² da Lei n. 8.935/94. O foco deste trabalho é o tabelionato de notas e suas competências exclusivas. A todo notário “[...] compete [...] formalizar juridicamente a vontade das partes” e “[...] intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade [...]”, conforme artigo 6^o¹³ da Lei n. 8.935/94.

O tabelião de notas é, portanto, responsável por lavrar escrituras, bem como procurações públicas, lavrar testamentos públicos, aprovar os testamentos cerrados, lavrar atas notariais, reconhecer firmas e autenticar cópias, conforme artigo 7^o da Lei n. 8.935/94. De todas as atividades que são de competência exclusivamente dos tabeliões de notas, a ata notarial é a que se destaca neste estudo.

Este instrumento público já vem sendo usado no Brasil, mas sua previsão legal expressa apareceu, pela primeira vez, com a Lei dos Cartórios em 1994. Ocorre que mesmo com a previsão legal para a lavratura das atas notariais pelo tabelião de notas, este mecanismo jurídico sempre foi objeto de muitas dúvidas tanto quanto ao seu conceito, requisitos e possibilidades de

¹² Art. 5^o Os titulares de serviços notariais e de registro são os:

- I - tabeliões de notas;
- II - tabeliões e oficiais de registro de contratos marítimos;
- III - tabeliões de protesto de títulos;
- IV - oficiais de registro de imóveis;
- V - oficiais de registro de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas;
- VI - oficiais de registro civil das pessoas naturais e de interdições e tutelas;
- VII - oficiais de registro de distribuição. (BRASIL, 1994).

¹³ Art. 6^o Aos notários compete:

- I - formalizar juridicamente a vontade das partes;
- II - intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo;
- III - autenticar fatos. (BRASIL, 1994).

uso, como também em relação à sua admissibilidade como meio de prova no processo civil brasileiro.

A importância deste instrumento jurídico é viabilizar uma forma de constituição de prova dotada de fé pública fora do processo judicial, de forma mais rápida e próxima da população. Embora a previsão formal do uso da ata notarial tenha surgido com a Lei dos Cartórios em 1994, materialmente existem na legislação brasileira dispositivos legais que autorizam o uso da ata notarial, mesmo sem mencioná-la diretamente.

O Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973, vigente até março de 2016, em seu artigo 332, determinava que todos os meios legais são hábeis para provar a verdade dos fatos. Mais adiante, no artigo 364, o Código de Processo Civil regulamentava que documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença.

Desse modo, mesmo diante da até então ausência de previsão expressa do uso da ata notarial como meio de prova na legislação processual civil brasileira, os códigos admitiam o uso deste importante mecanismo probatório pelo conjunto de fundamentos a seguir delineados. O Código Civil Brasileiro, Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, a partir de seu artigo 212 trata do tema provas e estabelece que, desde que não haja necessidade de forma especial imposta pelo negócio jurídico, o fato jurídico pode ser provado por meio de confissão, testemunha, documento, presunção e perícia e, mais adiante, em seu artigo 215, estabelece que a escritura pública lavrada em tabelionato de notas é documento dotado de fé pública, servindo como meio de prova. Neste mesmo sentido, a Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 19, II, impõe que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios recusar fé aos documentos públicos. Observa-se que o Código Civil atual e o CPC de 1973 não previam como meio de prova a ata notarial, mas deixam claro que a atuação do tabelião de notas na confecção de provas é atividade legítima, especialmente por ser dotado de fé pública. Ademais, o

CPC de 1973 estabelecia que todos os meios de prova moralmente legítimos deveriam ser juridicamente aceitos, o que certamente incluía a ata notarial.

Toda essa polêmica, entretanto, teve fim em razão da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, que institui o Novo Código de Processo Civil e que entrou em vigor em 18 de março de 2016. O novo CPC dedica uma seção exclusiva para a ata notarial e a coloca em *status* de meio de prova típico quando em seu artigo 384, estabelece que “[...] a existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião” (BRASIL, 2015) e em seu parágrafo único. Dessa forma, o tema proposto por este estudo está em meio a uma grande e recente mudança legislativa com importantes consequências jurídicas. Portanto, não há como estudar a ata notarial no Brasil, hoje, sem entender as mudanças trazidas no tema “provas” no processo civil brasileiro com a Lei n. 13.105/2015. Diante dessa problemática, este estudo se justifica pela importância jurídica, processual e social que envolve o tema abordado, no sentido de oferecer à população um meio de prova mais simples, prático, rápido, facilmente acessível e capaz de ser produzido em data bastante próxima à data do fato, como no caso de colher testemunho de pessoas em estado de terminalidade de vida; constatar de forma bastante ágil publicação feita em página virtual antes que seja retirada da rede ou, ainda, verificar o abandono de um imóvel e as condições em que se encontra. Significa uma forma legítima de oferecer tutela e, mais do que isso, efetividade aos direitos da cidadania através dos tabelionatos de notas brasileiros.

A prova é instrumento primordial para conceder sustentação aos fatos alegados, como prevê a tradicional expressão *ex facto oritur jus*, termo que significa que do fato nasce o direito. O jargão sintetiza que só há direito garantido quando o fato jurídico que lhe dá origem está demonstrado por prova pré-constituída. No processo, as partes contam a sua versão sobre os fatos. Nessa esteira, Didier Junior et al. (2015, p. 38) argumentam que a versão mais bem provada a ponto de convencer o julgador, será a com

maior probabilidade de lograr êxito. Neste sentido, Grinover et al. (2004, p. 141) expõem que “a prova constitui, assim, numa primeira aproximação, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência de certos fatos.”

Portanto, a prova que respeitou os critérios legais será a prova aceitável para o processo; esta é a que conduz o conhecimento de um fato para o juiz, com o objetivo de persuadi-lo sobre a suposta verdade de uma situação de fato. Isso é o que deve constar no processo.

4 CONCEITO DE ATA NOTARIAL

No ordenamento jurídico brasileiro não existe legislação contendo sua definição. Mesmo após o início da vigência da Lei n. 13.105/2015, que instituiu o novo CPC, em 18 de março de 2016, não há um conceito propriamente dito para a ata notarial; isso porque o artigo 384¹⁴ estabelece a formalização da ata notarial, mediante requerimento apresentado ao Tabelião, o que caracteriza, de tal forma, um objeto e não propriamente o conceito da ata. O conceito desse instrumento público deve ser extraído da doutrina, que ainda é restrita em relação à quantidade de obras sobre o tema e a maioria dos conceitos desenvolvidos pelos autores possuem respaldo em estudos realizados com base na doutrina estrangeira.

Mânica (2004, p. 4) definiu ata notarial como “[...] a narração circunstanciada de fatos presenciados ou verificados pelo notário, ou por substituto legal do mesmo, convocado para sua lavratura”, tomando por base o Provimento n. 01/98 da Corregedoria-Geral de Justiça do Rio Grande do Sul para desenvolver o seu conceito.

¹⁴ Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.
Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial. (BRASIL, 2015).

Para Brandelli (2004, p. 6), “A ata notarial é, enfim, o instrumento público através do qual o notário capta, por seus sentidos, uma determinada situação, um determinado fato, e o traslada para seus livros de notas ou para outro documento.”

É importante mencionar, ainda, que no contexto estadual catarinense, a ata notarial é conceituada pelo artigo 817¹⁵ do Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina.

Portanto, é possível concluir que embora existam pequenas diferenças entre os conceitos trazidos pelos diversos autores apontados sobre a ata notarial, todos são unânimes nos seguintes pontos: refere-se a um instrumento público, de competência exclusiva do tabelião de notas e que tem por objeto a narrativa de fatos determinados.

Sendo assim, convém mencionar que a finalidade principal da ata notarial é constituir prova para ser utilizada na esfera judicial, extrajudicial ou administrativa. Sem a intenção de aprofundar na questão do uso da ata notarial como meio de prova neste capítulo, assunto este que será estudado com mais detalhes adiante, mas com o objetivo de tornar a compreensão dos próximos temas mais facilitada, é importante mencionar e reiterar que até o advento do novo CPC, vigente a partir de 18 de março de 2016, não existia no ordenamento jurídico pátrio a previsão legal expressa do uso da ata notarial como meio de prova no direito brasileiro.

Dessa forma, até a vigência do novo CPC a ata notarial era utilizada como prova pré-constituída nos tribunais brasileiros em razão de interpretação sistemática dos dispositivos legais existentes. Após a vigência da Lei n. 13.105/2015, a legislação processual civil foi contemplada com a adequação legal trazida pelo seu art. 384. Com isso, espera-se que este mecanismo jurídico

¹⁵ Art. 817. Na lavratura da ata notarial, o tabelião deverá efetuar narração objetiva de uma ocorrência ou fato por ele constatado ou presenciado. (CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, 2013).

chegue ao conhecimento de um número maior de operadores do direito e passe a ser utilizado com mais frequência por estes profissionais.

Na elaboração da ata notarial é vedado ao tabelião ou preposto autorizado inserir qualquer juízo ou opinião sobre o fato narrado. O que deve ser feito é simplesmente lavrar o documento constatando fatos exatamente da maneira como ocorreram, não importando se o acontecimento indica alguma ilegalidade ou vício de manifestação de vontade.

4.1 DIFERENÇAS ENTRE ATA NOTARIAL E ESCRITURA PÚBLICA

Na ata notarial o instrumento descreve o fato, enquanto que na escritura pública são professados atos e negócios jurídicos, compondo-os. Na escritura pública o notário exerce uma função ativa, recebendo a vontade das partes e ajustando-as aos preceitos da Lei, enquanto que na ata notarial o tabelião ou preposto exerce uma função passiva, como mero observador, sem interferir na ação. É constitutiva obrigacional a natureza jurídica da escritura pública, formalizando atos e negócios jurídicos que estabelecem direitos e obrigações para a parte ou partes. A ata notarial tem natureza autenticatória, não gera direitos e obrigações. A escritura relata uma relação jurídica, já a ata registra fatos para o amparo de direitos e constituição de provas. Finalmente, as assinaturas das partes são indispensáveis na escritura pública. Na ata notarial, caso o solicitante e as partes envolvidas não assinem o documento, isso é irrelevante. O notário pode simplesmente finalizar o ato, que é válido e eficaz (FERREIRA; RODRIGUES, 2016, p. 50).

Outro ponto importante que merece ser destacado é que, embora ambas possam servir como prova pré-constituída, a ata notarial não é sinônimo e nem tipo de escritura pública. Apesar de alguns autores, como Orlandi Neto (2004, p. 158) entenderem que exista somente a escritura notarial sendo a ata um tipo desta, outros entendem que são espécies diferentes de atos notariais, cada um com suas especificidades, sendo sua maior diferença a de

que as escrituras contêm declaração de vontade das partes e as atas apenas a narrativa de fatos. De acordo com Brandelli (2004, p. 17) a principal diferença entre a escritura pública e a ata notarial é a existência ou não de manifestação de vontade da parte a ser captada e moldada juridicamente pelo tabelião de notas. Além disso, afirma que na escritura o notário redige e na ata faz apenas a narração de fatos. Interessa apontar, ainda, uma afirmativa do autor muito elucidativa sobre a diferenciação dos dois institutos em que afirma que uma ata notarial não pode ser uma escritura pública, mas a escritura sempre contém um pouco da ata, pois a narração de fatos pelo tabelião está sempre presente, com a evidente manifestação de vontade das partes.

4.2 OBJETO DA ATA NOTARIAL

Conforme é possível perceber dos conceitos e diferenciações apresentados, os fatos jurídicos (em sentido estrito) são objeto da ata notarial. De acordo com a teoria do fato jurídico, ensina Gonçalves (2011, p. 316), que o fato jurídico em sentido amplo (*lato sensu*) é todo acontecimento da vida que o ordenamento jurídico considera relevante no campo do direito” e pode ser classificado como: a) fato natural; e b) fato humano. O fato natural ou fato jurídico em sentido estrito (*stricto sensu*) é um acontecimento independente da vontade humana que produz efeitos jurídicos, criando, modificando ou extinguindo direitos e pode ser classificado como ordinário (nascimento, morte, aluvião, avulsão, etc.) ou extraordinário (força maior ou caso fortuito). O fato humano é um tipo de acontecimento que depende da vontade humana e inclui atos lícitos e ilícitos podendo ser classificado como fato humano voluntário ou involuntário; o fato humano voluntário produz os efeitos pretendidos pelo agente e nesse caso passa a ser denominado de ato jurídico em sentido amplo (*lato sensu*), que abrange o ato jurídico em sentido estrito (*stricto sensu*), se tiver por objetivo a mera realização da vontade do agente (como perdão, confissão, etc.) e o negócio jurídico, que pretende criar normas

para a composição de interesse das partes. Já o fato humano involuntário, pode acarretar consequências jurídicas, mas alheias à vontade do agente, o que caracteriza um ato ilícito.

De acordo com Ferreira e Rodrigues (2010, p. 169), as ações humanas também podem ser objeto das atas notariais, como por exemplo a entrega de um objeto de uma pessoa a outra. Entretanto, há que se observar que nesses casos a vontade humana é irrelevante, pois “[...] o evento é recebido pelo direito como fato do homem, desimportando, assim, a vontade eventualmente presente.” Os autores apontam, ainda, o exemplo de uma ata notarial de sociedade em que um dos sócios informa que cede suas quotas a outro sócio. Nesse caso, o tabelião faz menção do fato na ata, mas não formaliza o negócio jurídico. Dentro da teoria do fato jurídico, uma situação como esta pode ser denominada de ato-fato-jurídico, pois se trata de uma “[...] atividade volitiva humana, no mundo dos fatos, que ingressa no mundo jurídico como fato, posto que para o direito, nesta situação, a vontade humana é irrelevante por não integrar o suporte FÁTICO ABSTRATO.”

4.3 FORMALIZAÇÃO DA ATA NOTARIAL

No que diz respeito à forma da ata notarial, é preciso saber identificar se este instrumento público é protocolar ou extraprotocolar. Todo instrumento notarial protocolar é lavrado no protocolo notarial e as partes interessadas levam um traslado ou certidão deste documento, sendo que podem requerer nova certidão sempre que necessário. Uma matriz permanece sempre arquivada no tabelionato de notas. Brandelli (2004, p. 40) ensina que “O protocolo notarial é o conjunto de escrituras e atas matrizes autorizadas pelo notário; é o conjunto de documentos matrizes, em especial os livros de notas do tabelião.” Já os documentos extraprotocolares são feitos e imediatamente entregues no original aos interessados, sem que fique qualquer registro de seu conteúdo armazenado no livro. Não é possível, pois, oferecer certidão de

documentos extraprotocolares, mas o tabelião pode, a seu critério, armazenar cópia de segurança no tabelionato. Cintra (2008, p. 73), porém, entende que o documento extraprotocolar não deve constar em sua íntegra no livro de notas, mas que uma menção de sua existência deve ser feita, sendo que define este tipo de documento como o “[...] ato notarial lavrado fora do livro de notas, embora se tenha de dar nele notícia de sua lavratura” e exemplifica este tipo de ato notarial com o auto de aprovação de testamento cerrado, que é lavrado na própria cédula testamentária, mas um registro de sua existência permanece no livro de notas.

Em relação à ata notarial, como não existe um regramento federal acerca deste instituto, cabe às corregedorias estaduais definir quais os procedimentos específicos para que o ato atenda a formalização de seus elementos.

4.4 ESTRUTURA

Como citado, de forma diversa das escrituras públicas, não há legislação federal específica sobre os elementos que devem ou podem estar contidos na ata notarial. Por essa razão, os tabeliões necessitam utilizar os requisitos exigíveis para a lavratura das escrituras públicas e fazer as adaptações necessárias para a redação das atas notariais, como o artigo 215 do Código Civil, que relaciona os requisitos mínimos que toda escritura pública deve conter e também a Lei n. 7.433, de 18 de dezembro de 1985 (que dispõe sobre os requisitos para a lavratura de escrituras públicas) e seu Decreto regulamentador n. 93.240, de 9 de setembro de 1986.

Além disso, segundo o Código de Normas da Corregedoria-Geral do Estado de Santa Catarina, em seu artigo 818,¹⁶ estabelece os elementos

¹⁶ Art. 818. A ata notarial conterá:

- I – local, data e hora do fato;
- II – nome e qualificação do solicitante;
- III – narração circunstanciada dos fatos;

que podem fazer parte da ata notarial quando for o caso, quais sejam: a) a assinatura do solicitante e de possíveis testemunhas; b) ser redigida em locais, horas e datas diferentes, na medida em que os fatos aconteçam, com descrição fiel do presenciado, e respeito à ordem cronológica dos acontecimentos e à circunscrição territorial do Tabelião de Notas; c) relatórios ou laudos técnicos de profissionais qualificados e sua assinatura quando estiverem presentes; d) imagens e documentos em cores. De forma geral, então, é possível apontar como requisitos essenciais para a lavratura das atas notariais: a) redação em língua nacional; b) requerimento ou solicitação de parte interessada; c) análise da capacidade para solicitar a lavratura da ata notarial, tanto da pessoa física quanto da pessoa jurídica, bem como sua correta identificação; d) data e local da lavratura da ata de forma bastante precisa; e) uso de técnica narrativa clara e objetiva; f) menção de ter sido lida para as partes e; g) assinatura, pelo menos, do tabelião de notas ou preposto autorizado.

Conforme ensina Brandelli (2004, p. 18), o primeiro requisito essencial da ata notarial é a redação em língua nacional, admitindo-se algumas expressões estrangeiras pontuais, o que é muito comum, por exemplo, nas atas notarias de constatação de sítio eletrônico. Se porventura o solicitante, alguma parte envolvida ou testemunha não souber se expressar em idioma nacional, o tabelião de notas poderá solicitar a presença de um tradutor, caso não compreenda o idioma em questão. Quanto ao requerimento ou solicitação para a lavratura da ata notarial, de forma diversa da escritura

IV – declaração de haver sido lida ao solicitante e, se for o caso, às testemunhas;

V – assinatura do solicitante;

e VI – sinal público.

§ 1º O conteúdo da ata notarial pode versar sobre quaisquer ocorrências ou constatações realizadas pelo tabelião, de modo que se admitem informações oriundas não apenas de vistorias em objetos e lugares, mas também da captura de imagens, mensagens, conteúdos de sites de internet, material audiovisual ou produção artística e cultural em geral, bem como narração de situações fáticas diversas.

§ 2º Poderão integrar a ata notarial, como anexos, as mídias que serviram de substrato para a lavratura do ato, como imagens, arquivos de áudio, documentos e outros mecanismos de armazenamento de informações, inclusive em meio eletrônico. (CORREGEDORIA-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA, 2013).

pública, este requisito deve ser cumprido com mais atenção como já foi mencionado acima no princípio da rogação. No caso das escrituras públicas, a solicitação geralmente é tácita e as partes estão em consenso. Além disso, como este instrumento depende da assinatura das partes envolvidas para se perfectibilizar, é possível subentender que houve solicitação das partes para a prática do ato, pois este leva sua assinatura ao final.

Já no caso das atas notariais, as partes envolvidas quase sempre não estão em consenso ou podem deixar de estar após a lavratura do instrumento. Como o tabelião de notas não pode agir de ofício, recomenda-se que seja feito um documento em apartado da ata notarial com a solicitação da parte interessada, sua qualificação completa, razão pela qual requer a lavratura da ata notarial e sua finalidade. Caso ao final da ata o interessado se recuse a assinar, o tabelião de notas possui um outro documento arquivado que demonstra o requerimento feito pelo interessado. A capacidade para solicitar a lavratura da ata notarial deve ser analisada com cautela. Tanto a pessoa física capaz quanto a pessoa jurídica capaz podem ser requerentes da ata notarial. A pessoa jurídica deve estar devidamente representada por seu representante legal e apresentar, a critério do tabelião, cópias de seus atos constitutivos. Em relação à pessoa física, esta deve se apresentar com documento original de identificação e certidão de casamento, quando for necessário. A capacidade civil é verificada pelo tabelião de notas de acordo com sua experiência. Conforme o entendimento de Ferreira e Rodrigues (2010, p. 110), as pessoas relativamente incapazes, que possuem dezesseis anos completos e ainda não completaram dezoito anos, também podem solicitar a narrativa de um fato por meio da ata notarial, com as devidas ressalvas.

É interessante mencionar também, que, de acordo com o art. 215, § 5º, do Código Civil, se algum dos interessados não for conhecido pelo tabelião, nem puder se identificar por documento, a identificação pode ser feita com a presença de pelo menos duas testemunhas que atestem sua identidade, desde que o tabelião de notas tenha convicção da manutenção da segurança jurídica

do ato. Sobre a data e local, o artigo 215, I, do Código Civil, determina que a escritura pública deve conter data e local de sua realização, o que também é um requisito essencial da ata notarial. No caso da ata, essas especificações devem ser ainda mais precisas, pois pode se prolongar no tempo e chegar a durar dias ou até meses. Cada verificação deve, portanto, especificar a hora exata de seu início e término. Não age com excesso de cautela o tabelião que marca o tempo em horas, minutos e segundos, pois, conforme exemplificam Ferreira e Rodrigues (2016, p. 205), no caso de verificação para a prova de existência de determinada página virtual, um tabelião pode fazer a prova positiva às 9h43 e outro tabelião fazer a prova negativa também às 9h43, pois a página pode ter sido retirada da rede mundial numa fração de segundos. Destaque-se, também, que é importante mencionar se é horário de Brasília ou horário de verão e, em relação à data, o ideal é mencionar dia, mês e ano de cada momento em que o tabelião trabalhar para a ata notarial, desde a data do requerimento de cada verificação até o término da ata; bem como o dia da semana, sendo possível a constatação de fatos em qualquer horário do dia ou da noite, mesmo fora do horário de expediente do cartório e, inclusive aos sábados, domingos e feriados, quando necessário, para garantir o não desaparecimento daquilo que deve ser constatado.

Ao final, como últimos requisitos essenciais da ata notarial, conforme artigo 818, do Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina, esta deve ser lida para todas as partes interessadas e testemunhas, se houver, pelo tabelião em voz alta ou pelas próprias partes individualmente e, na sequência, assinada ao menos pelo tabelião de notas ou preposto autorizado. Nesse ponto, a ata notarial apresenta uma fundamental diferença em relação à escritura pública, pois a recusa da assinatura de uma das partes ou de todas elas e de testemunhas não interfere na finalização do ato ou na sua força probante.

De acordo com Ferreira e Rodrigues (2016, p. 112): “A possibilidade da ata notarial ser finalizada produzindo seus efeitos sem a assinatura da

parte é a sua diferença formal e material relevante em relação à escritura pública.” É interessante apontar que é possível lavrar duas atas da mesma verificação para o mesmo solicitante ou solicitantes diferentes e, também, que a verificação do tabelião é a de um homem de conhecimento comum, não de especialista e, por esta razão, quando necessário, é possível a participação de peritos ou técnicos às custas do solicitante.

Ensina Loureiro (2014, p. 204), que a ata notarial pode conter elementos gráficos como imagens e documentos em cores impressos diretamente em seu corpo, além daqueles arquivados em pasta própria a critério do tabelião. Ademais, o tabelião de notas deve recusar a lavratura da ata se o solicitante atuar ou pedir-lhe que aja contra a moral, a ética, os costumes e a lei.

4.5 FÉ PÚBLICA DAS ATAS NOTARIAIS

A fé pública é atributo que permeia a maioria dos atos notariais. Sua consequência principal é trazer presunção de verdade sobre os fatos contidos no documento público. Especificamente no que diz respeito às atas notariais, há que se registrar que os requisitos para a presença da fé pública são mais rigorosos. Ceneviva (2002, p. 53) entende que para que a ata notarial possua fé pública, a sua assinatura deve ser a da pessoa que presenciou o ato a ser lavrado.

Isto decorre do fato de que na ata notarial, o notário, ao contrário do que ocorre na lavratura de escrituras é mais do que simples testemunha dos atos ali narrados. Ao comparar o tabelião a outros personagens que narram ou registram fatos, Rezende e Chaves (2014, p. 73) ensinam que:

Distingue-se, pois, de outros profissionais, como o jornalista que anota fatos e os relata ou mesmo o advogado que ouve a descrição de fatos pessoais do cliente e os descreve, submetido a restrições éticas, conforme o direito defendido [...]. Ao dizer o que sabe, o notário tem a obrigação de o fazer com clareza do direito aplicável, sob cuja égide atua. Vai mais além da presunção de que

a ninguém é dado descumprir o direito, sob alegação de que o desconhece, porque o tabelião tem o dever de conhecer o direito aplicável no exercício de sua profissão.

Além disto, pelo fato de que em alguns estados não há forma legal prevista exclusivamente para a ata notarial, todos os requisitos necessários aos demais atos notariais devem ser cumpridos de forma simultânea ao se lavrar a ata notarial.

O maior rigor para que se confira fé pública às atas notariais é observado também por Kioitsi Chicuta (1998, p. 69), ao afirmar que o documento público produzido ou lavrado por tabelião é considerado autêntico pelo caráter e pela fé que a lei lhe confere, trazendo presunção de veracidade a respeito de tudo que é certificado no documento, concluindo que na ata notarial o tabelião afirma fatos do seu conhecimento próprio.

5 O PAPEL DO NOTÁRIO E O PREPOSTO

O art. 3º¹⁷ da Lei n. 8.935/94 define que notário é o tabelião. Oficial de registro é o registrador. Por meio de delegação do Estado, estes profissionais estão devidamente habilitados a exercer a atividade notarial e de registro. Há que se inferir que seria impossível aos tabeliões e registradores cuidarem de todas as atividades de forma pessoal, sem o suporte de uma equipe. Por isso que o art. 20¹⁸ da Lei n. 8.935/94 permite que os notários e oficiais de

¹⁷ Art. 3º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

¹⁸ Art. 20. Os notários e os oficiais de registro poderão, para o desempenho de suas funções, contratar escreventes, dentre eles escolhendo os substitutos, e auxiliares como empregados, com remuneração livremente ajustada e sob o regime da legislação do trabalho. (BRASIL, 1994).

§ 1º Em cada serviço notarial ou de registro haverá tantos substitutos, escreventes e auxiliares quantos forem necessários, a critério de cada notário ou oficial de registro.

§ 2º Os notários e os oficiais de registro encaminharão ao juízo competente os nomes dos substitutos.

§ 3º Os escreventes poderão praticar somente os atos que o notário ou o oficial de registro autorizar.

registro podem, para o desempenho de suas atividades, contratar escreventes, auxiliares e escolhendo dentre estes os substitutos. O parágrafo 3º do artigo 20, explica que os escreventes só podem praticar atos autorizados pelo notário ou oficial de registro.

Dentre os substitutos, um deles será escolhido para responder pelo serviço as ausências ou impedimentos do titular. Os artigos 22¹⁹ e 23²⁰ da Lei n. 8.935/94 prelecionam que os tabeliães, registradores, substitutos e escreventes são responsáveis civil e criminalmente pelos atos praticados que causem prejuízos a terceiros, seja de forma dolosa ou culposa. Tabeliães e registradores respondem de forma pessoal pelos atos praticados por seus empregados, excetuando a responsabilidade criminal que é individualizada, nos termos do caput do art. 24²¹ da lei em análise.

Tanto o tabelião como preposto designado são aptos para realizarem diligências e lavrarem atas notariais. Evidentemente que o preposto realiza o ato em nome do notário. É necessário pontuar que há impedimentos que devem ser observados pelo notário como pelo preposto. O primeiro se refere a limitação geográfica. O tabelião ou preposto não pode lavrar ata notarial fora do Município para o qual recebeu delegação, nos termos do art. 9º da Lei n. 8.935/94. Entretanto, é válido racionar o seguinte: o impedimento geográfico se refere a um deslocamento pessoal, físico. Imagine-se o caso em que um texto calunioso é publicado contra um interessado em um site da Internet hospedado na Rússia. Nada impede que o notário ou preposto lave a ata

§ 4º Os substitutos poderão, simultaneamente com o notário ou o oficial de registro, praticar todos os atos que lhe sejam próprios exceto, nos tabelionatos de notas, lavrar testamentos.

§ 5º Dentre os substitutos, um deles será designado pelo notário ou oficial de registro para responder pelo respectivo serviço nas ausências e nos impedimentos do titular.

¹⁹ Art. 22. Os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso. (BRASIL, 1994).

²⁰ Art. 23. A responsabilidade civil independe da criminal. (BRASIL, 1994).

²¹ Art. 24. A responsabilidade criminal será individualizada, aplicando-se, no que couber, a legislação relativa aos crimes contra a administração pública. (BRASIL, 1994).

notarial sobre esse caso, pois do próprio computador do cartório é possível acessar e visualizar o conteúdo sem se descolar do Município.

O segundo impedimento está previsto no art. 27²² da Lei n. 8.935/94 que adverte o seguinte: o notário ou preposto não podem lavrar ata notarial em casos que estejam envolvidos interesses pessoais, interesses do cônjuge e de parentes na linha reta, colateral ou consanguíneos ou afins até o terceiro grau, devendo reconhecer seu impedimento no momento da solicitação da lavratura do documento, abstendo-se da prática.

Quando não houver outro tabelião na localidade para que atue e lavre ata notarial no lugar de tabelião impedido, nada impede que uma solicitação por escrito seja feita para um tabelião de cidade vizinha, bastando apenas constar no documento as razões da extraterritorialidade (FERREIRA E RODRIGUES, 2016, p. 98).

6 SITUAÇÕES PASSÍVEIS DO USO DA ATA NOTARIAL

A ata notarial pode ser elaborada pelo tabelião ou preposto no próprio cartório ou fora deste, por meio da realização de diligência para verificação *in loco*. Para Câmara (2016, p. 261) “a ata notarial é um instrumento público de grande relevância no direito probatório. É que através dela é possível a documentação de fatos transeuntes, cuja prova por outros meios pode ser muito difícil.”

De forma elucidativa, Theodoro Junior (2017, p. 952) explica que a confissão “pode ser tanto judicial como extrajudicial. Logo, é perfeitamente possível haver confissão produzida em ata notarial, mesmo sem a presença do adversário.”

Na elaboração da ata notarial o tabelião usará seus sentidos como visão, audição, tato, olfato e até o paladar para registrar um acontecimento. Os

²² Art. 27. No serviço de que é titular, o notário e o registrador não poderão praticar, pessoalmente, qualquer ato de seu interesse, ou de interesse de seu cônjuge ou de parentes, na linha reta, ou na colateral, consanguíneos ou afins, até o terceiro grau. (BRASIL, 1994).

exemplos que foram citados não são taxativos, mas exemplificativos, dadas as inúmeras possibilidades do emprego da ata notarial.

Embora o notário ou preposto estejam aptos a lavrar atas notariais e considerando a prática diária vivenciada por esses profissionais, por mais competentes que sejam a ata notarial elaborada por eles jamais será capaz de substituir a perícia. Trata-se de um fator a ser levado em consideração, pois há fatos que exigem conhecimentos técnicos especializados que o tabelião, o preposto e o juiz não possuem. O caso concreto pode determinar se é mais apropriada a prova pericial do que a ata notarial, conforme determina o artigo 375²³ do Código de Processo Civil (DIDIER JUNIOR et al., 2015, p. 257).

Conforme preceito do caput do art. 3 da Lei n. 8.935/94, o notário é profissional do direito (BRASIL, 1994). Para Brandelli (2004, p. 45) fica evidente que ele não detém conhecimentos técnicos de todos os saberes humanos; na verdade não é obrigação deste profissional dominar todo o conhecimento técnico disponível. Por exemplo, no caso de uma ata notarial que é lavrada para registrar a entrega de uma coisa móvel; um veículo automotor seminovo. Ainda que o veículo apresente uma bela pintura, um estado de conservação notável, há questões que podem permanecer ocultas da capacidade de percepção do notário. Sérios problemas poderão passar despercebidos como um motor avariado, parte elétrica ou suspensão defeituosas. Somente o profissional que possui conhecimentos de mecânica e elétrica automotiva é capaz de realizar um exame minucioso e elaborar um laudo confiável. O notário deve ser tratado como um homem-médio; isso significa que, quando um acontecimento exigir conhecimentos que estão além do alcance de qualquer pessoa, quando se tratar de conhecimento especializado, neste caso deve vigorar a prova pericial elaborada por profissional especialista da área.

²³ Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial. (BRASIL, 1973).

Conforme tratado anteriormente, a ata notarial pode estar contaminada por vícios relacionados aos impedimentos e competência inerentes ao tabelião ou preposto. Uma ata que é elaborada desrespeitando os critérios legais pode ter a nulidade declarada e, com isso, perder sua força probatória.

No final das contas, a ata notarial é um meio de prova como qualquer outro. Não é inferior, mas também não está acima de qualquer instrumento probatório. Nessa esteira, Theodoro Júnior (2017, p. 950) aduz que “a ata notarial não enseja a automática procedência ou improcedência do pedido. O juiz deverá cotejar a ata com as outras provas existentes nos autos para formar o seu convencimento a respeito do litígio.”

7 CONCLUSÃO

No processo, o que é relevante são os fatos que evocam normas ou princípios jurídicos. O Código de Processo Civil adotou a teoria da substanciação, considerando que é dever das partes não só apresentarem os fundamentos jurídicos da demanda, mas também os fatos que servem de base para a pretensão de cada parte envolvida.

A prova é o instrumento destinado a conduzir o conhecimento de um fato para o juiz. Tem por finalidade convencer o magistrado a respeito da suposta verdade sobre uma afirmação de fato.

Ocorre que a atividade probatória não é exercida sem limites. As provas apresentadas pelas partes devem respeitar formalidades impostas pela Constituição de 1988 e pelo Código de Processo Civil de 2015. Não se deve perder de vista que a prova não consegue atingir a verdade de forma absoluta, de modo que o que se busca no processo é a verdade mais próxima do evento pretérito para demonstrar fatos em juízo com a meta de influenciar a convicção do magistrado.

A inserção da ata notarial no art. 384 do Código de Processo Civil de 2015, como um dos meios de prova, foi uma decisão acertada do legislador.

É um instrumento útil para registrar fatos que muitas vezes são difíceis de documentar. O notário ou preposto, por serem profissionais que estão em constante contato com o direito, podem exercer um papel fundamental, auxiliando o requerente da ata notarial na constituição de prova.

Porém, a ata notarial é um meio de prova que apresenta limitações. Deve-se estar atento aos impedimentos e à competência do tabelião ou preposto. Há que se enfatizar que a elaboração da ata deve respeitar os critérios legais para que não se macule a fé pública, sob pena de declaração de nulidade e dissolução da força probatória.

Em demandas complexas e onerosas, se ficar evidente que a prova pericial é a melhor opção, esta deve predominar em relação à ata notarial. O tabelião e o preposto não se confundem com o perito. O último é o profissional competente por possuir conhecimentos especializados que podem esclarecer com lucidez os fatos de uma demanda. O perito está mais preparado para detectar possíveis detalhes que podem passar despercebidos da capacidade de observação do notário.

Na apreciação judicial é recomendável que a ata notarial seja examinada em conjunto com as outras provas apresentadas, para que se construa uma decisão devidamente fundamentada.

REFERÊNCIAS

BRANDELLI, L. *Atas Notariais*. Florianópolis: Egov-UFSC, 2004. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/8991-8990-1-PB.pdf>. Acesso em: 30 maio 2017.

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

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 jan. 1973.

BRASIL. Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 nov. 1994.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

CENEVIVA, W. *Lei dos Notários e dos Registradores Comentada*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

CHICUTA, K.; BRANDELLI, L. (coord.). *Ata Notarial*. São Paulo: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

CINTRA, A. C. de A.; DINAMARCO, C. R.; GRINOVER, A. P. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Código de Normas da CGJ. 2013. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/documents/728949/1312406/C%C3%B3digo+de+Normas+Compilado/f5537f74-44fe-42af-be31-611e69cae637>. Acesso em: 30 maio 2017.

DIDIER JUNIOR, F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. 2 v.

FERREIRA, P. R. G.; RODRIGUES, F. L. *Ata notarial: doutrina, prática e meio de prova*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

FERREIRA, P. R. G.; RODRIGUES, F. L. *Tabelionato de notas II: atos notariais em espécie*. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, C. R. *Direito Civil Brasileiro: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRINOVER, A. P.; FERNANDES, A. S.; FILHO, A. M. G. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LOUREIRO, L. G. *Registros públicos: teoria e prática*. 8. ed. Salvador: Jus Podvim, 2014.

MÂNICA, S. A. *Ata notarial*. Porto Alegre: [s. n.], 2004.

ORLANDI NETO, N. *Ata notarial e a retificação do registro imobiliário*. In: BRANDELLI, L. *Ata notarial*. Porto Alegre: Safe, 2004.

REZENDE, A. C. F. de; CHAVES, C. F. B. *O tabelionato de notas e o notário perfeito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de Direito Processual Civil – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1.

ANÁLISE DOS IMPACTOS DO SERVIÇO DE STREAMING DE MÚSICA SOBRE O DIREITO AUTORAL NO BRASIL

Amanda Pelicioli¹
Jéssica Romeiro Mota²

“A música exprime a mais alta filosofia numa linguagem que a razão não compreende.” (Arthur Schopenhauer).

Resumo: O presente artigo pretende analisar o *streaming*³ como uma alternativa de negócio inovador no ramo musical, substituindo o consumo material pelo consumo digital, dando maior amplitude ao acesso pelo usuário de forma rápida e organizada, verificando seus impactos bem como suas contribuições para o direito de propriedade do autor em relação as suas obras. *Streaming* trata-se de uma nova tecnologia no ramo da música em relação ao direito autoral, de acordo com a Lei n. 9.610, de 1998; tornando-se uma alternativa para o crescimento da pirataria digital e, conseqüentemente, as obras intelectuais deixaram de ser uma posse para ser um acesso. Nesta mesma linha, objetiva-se também identificar a possibilidade do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) cobrar dos serviços de *streaming*, o que ainda não é permitido por lei.

Palavras-chave: Direito Autoral. *Streaming*. Tecnologia. ECAD.

¹ Graduanda no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; amandapeli@hotmail.com

² Mestra em Engenharia e Gestão do Conhecimento pela Universidade Federal de Santa Catarina; Especialista em Direito Público e Novos Direitos e em Gestão Financeira pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

³ Transmissão. É uma tecnologia que envia informações multimídia, por meio da transferência de dados, utilizando redes de computadores, especialmente a internet, foi criada para tornar as conexões mais rápidas.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca compreender a estrutura do Direito Autoral interpretada no seu principal aspecto: o Direito de Autor. As novas tecnologias têm apresentado diversos impactos em relação ao direito de Autor, com o *streaming* que surge como alternativa à pirataria digital, deixando as obras de serem uma posse para serem um acesso. Com as mensalidades acessíveis, o usuário pode desfrutar de um acervo imenso, muito maior do que quando se utiliza de *downloads*, o que se está sendo deixado de lado. Surge, então, uma grande incerteza em relação aos direitos autorais na internet e o problema que norteou esse trabalho foi: quais seriam os impactos do serviço de *streaming* de músicas sobre o direito autoral no Brasil?

2 DIREITOS DE AUTOR

O Direito de Autor é composto por um conjunto de normas jurídicas que individualizam, tutelam e disciplinam as criações intelectuais. A ligação entre a criação intelectual e o autor que a criou é indissolúvel e incindível (SANTOS, 2009, p. 43).

A natureza jurídica do Direito de Autor comporta uma importante reflexão. O debate se polariza entre os doutrinadores que posicionam os direitos autorais na categoria dos direitos da personalidade em função da criação intelectual do autor e a corrente oposta que enfatiza a natureza real do Direito de Autor, os aspectos patrimoniais do mesmo e a relação com o direito de propriedade. Uma terceira posição doutrinária individualiza o direito subjetivo do autor com atributos patrimoniais e pessoais dotados de regulamentação autônoma (PAESANI, 2015, p. 9-10).

Direito de Autor ou Direito Autoral é o ramo do Direito Privado que regula as relações jurídicas advindas da criação e da utilização econômica

de obras intelectuais estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências (BITTAR, 2008, p. 8).

O princípio constitucional exposto no art. 5º, XXVII fala que: aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar (BRASIL, 1988).

2.1 DO REGISTRO

O registro da obra intelectual não é obrigatório e nem atributivo de direito, nos termos do art. 18 da vigente Lei de Direitos Autorais (Lei n. 9.610, de 1998). É meramente declaratório, tanto da obra quanto da autoria. A criação intelectual e sua comunicação ao público indicando a autoria, local e data são elementos suficientes para proteger a obra. Cabe ressaltar que o registro é facultativo e depende de retribuição.

O registro dos trabalhos intelectuais poderá ser realizado na Biblioteca Nacional, na Escola de Música, na Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, no Instituto Nacional do Cinema ou no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia. O registro, disperso por várias unidades diferentes, será provavelmente unificado em um só órgão encarregado dessa finalidade (PAESANI, 2015, p. 13).

Em um contexto histórico de expansão da instrumentalização jurídica sobre a difusão comunicativa e informacional, especialmente com a internacionalização do comércio de livros, no século XIX, surge a primeira regulamentação jurídica internacional sobre direitos autorais, a Convenção de Berna, de 1886. Até hoje, incorporadas modificações sucessivas, trata-se de um importante documento normativo internacional na matéria, especialmente quando se invoca a figura do autor como sustentáculo da proteção da propriedade intelectual.

A Convenção de Berna surge como um acordo multilateral voltado à unificação do tratamento antes feito por via de acordos bilaterais

que conflitavam entre si. A iniciativa decorreu dos esforços de sociedades de autores europeias (FRAGOSO, 2012, p. 198), especialmente a *Association Littéraire et Artistique Internationale*, presidida por Victor Hugo, ganhando a Europa e alastrando-se internacionalmente.

No Brasil, a Lei n. 9.610, de 1998, regula os direitos autorais, cuja gestão está a cargo da Diretoria de Direitos Intelectuais, do Ministério da Cultura (MinC). Obras e invenções que não sejam de caráter literário, artístico ou científico, como programas de computador, embora sejam protegidas pelos direitos autorais, estão sob responsabilidade do Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT) e são reguladas pela Lei n. 9.609, de 1998.

Pelo Direito de Autor, o criador de uma obra intelectual (literária, artística ou científica) deve ser recompensado pelo uso dessa produção. Assim, os possíveis beneficiados, entre eles os músicos, compositores, escritores, cineastas, escultores, pintores e arquitetos, recebem uma retribuição pela divulgação e pela exploração de suas obras. O intuito maior é garantir àqueles que as criaram uma compensação e um estímulo para que continuem criando.

As obras estão protegidas desde o momento da criação e, por isso, seu criador não é obrigado a registrá-la, embora isso seja possível. Os direitos autorais são importantes para todas as etapas da cultura, justamente por significarem uma economia gigantesca em circulação: criação, produção, distribuição, consumo e aproveitamento dos bens culturais.

No Brasil, a Lei n. 9.610, de 1998 regula os direitos autorais, cuja gestão está a cargo da Diretoria de Direitos Intelectuais. Há o entendimento geral de que a lei não serve para o mundo digital, que segue lógicas diferentes de gravação e reprodução. Chegou-se assim ao *Anteprojeto de Lei de Modernização da Lei de Direitos Autorais*, que visa à elaboração de medidas para ampliar, descentralizar e unificar um sistema de registro de obras, em plataforma digital, para os autores saberem onde as obras estão sendo utilizadas.

Nesse sentido, cabe avaliar e refletir sobre tal questão, buscando entender se tal tecnologia viola ou não *direitos autorais* e, se pode ser considerada tipificada em nosso ordenamento pátrio.

2.2 DIREITOS MORAIS E PATRIMONIAIS

Segundo ensina NUCCI (2010), violar significa “ofender ou transgredir”, sendo que no caso do crime previsto no art. 184, do CP, o objeto material do crime é o direito do autor à sua produção intelectual, elencando os direitos de Autor em Direito Moral e Patrimonial.

A Lei n. 9.610, de 1998, regula os direitos autorais, e em seu art. 22 estabelece que pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou.

Os direitos morais decorrem da paternidade do autor sobre a obra, indicação do nome do autor na utilização da obra, garantia da integridade da obra, entre outros.

São direitos morais do autor: I- o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; II- o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional ligado à obra; III- o de conservar o direito de inédito (não publicar a obra); IV- o direito à integridade da obra; V- o direito de modificar a obra; VI- o direito de retirar a obra de circulação; VII- o direito de ter acesso ao exemplar único de sua obra para fotografar e preservar a sua memória (Art. 24 da Lei n. 9.610/98) (SANTOS, 2009, p. 81).

Os direitos patrimoniais, nos termos do art. 28 da Lei, decorrem de utilizações econômicas realizadas no mundo negocial, provocando a circulação da obra e criando direitos sucessivos, utilização autônoma de direitos patrimoniais e a incidência de várias receitas. Conclui o autor: “toda utilização pública da obra, que objetive o retorno pecuniário, direto ou indireto, está sujeita à incidência do direito patrimonial.” (PAESANI, 2015, p. 16).

Em relação aos Direitos de Autor, estes podem ser transferidos a terceiros de forma total ou parcial, a título universal ou singular pelo próprio autor, pelos sucessores ou por meio de representantes com poderes especiais, como orienta o art. 49 da Lei de Direitos Autorais. (PAESANI, 2015, p. 18).

2.3 AVANÇOS TECNOLÓGICOS

Com relação às novas plataformas digitais o mundo está cada vez mais digital e interconectado. É inegável que as tecnologias têm se tornado cada vez mais presentes em todos os aspectos da vida humana, social, profissional, pessoal, impactado e afetado a sociedade, a cultura, o modo como vivemos e interagimos com o mundo (WACHOWICZ, 2015).

Em um mercado globalizado e amplamente competitivo, é muito importante que as empresas procurem se utilizar das ferramentas tecnológicas para obter vantagens competitivas e se destacar entre as demais, além de oferecer um alto valor agregado para o cliente. Se por um lado as inovações tecnológicas trouxeram muitos problemas para a sociedade por meio da substituição do trabalho humano pelo das máquinas, por outro lado permitiu o surgimento de muitos modelos de negócios e possibilitou o crescimento e a expansão de muitas pequenas empresas, que participam do mercado numa forma bem mais justa e equilibrada de concorrência (SOUZA, 2011).

Para ter provas desse fenômeno basta observar o comportamento social, os instrumentos de trabalho, os meios de comunicação e de aprendizado. Todos são diferentes do que eram há alguns anos e parte disso é resultado desse desenvolvimento tecnológico. Com o advento e a popularização da internet, por exemplo, o acesso a uma infinidade de conteúdos sobre os mais diversos temas foi facilitado, proporcionando maior independência na busca por informações (INOVAPARQ, 2016).

A internet é uma inovação tecnológica que tem produzido inúmeros impactos no mundo dos negócios. Por meio delas muitos modelos de negócios

foram criados, aperfeiçoados e até mesmo extintos. A internet, somada às tecnologias a ela relacionadas, deu corpo e alma ao mundo totalmente conectado e interligado (SOUZA, 2011).

Esperar ansiosamente por um filme sair nos cinemas ou em DVD. Visitar aquela loja de disco para conferir se o novo álbum de seu cantor favorito já chegou. O mundo digital mudou esses hábitos. Não precisamos sair mais de casa, nem de nosso quarto para ver uma grande produção. A internet faz com que esses produtos culturais cheguem ao nosso computador e celular no conforto de nosso lar. É a era do serviço de *streaming*.

3 STREAMING

Streaming é uma forma de tecnologia que se desenvolveu nos últimos anos. Existe desde meados dos anos de 1990, no entanto, não era muito conhecido, já que as conexões de internet não eram velozes, o que não atraía muitos usuários. A partir do *streaming*, ouvir música, assistir a um vídeo ou visualizar qualquer arquivo fica mais fácil, já que o *download* é mais leve e rápido, o que permite que o usuário possa reproduzir o conteúdo enquanto este é descarregado (PINHEIRO, 2017).

3.1 SERVIÇOS DE STREAMING

O *streaming* funciona da seguinte maneira. Primeiro o computador (o cliente) conecta com o servidor e este começa a lhe mandar o arquivo. O cliente começa a receber o arquivo e constrói um *buffer*⁴ onde começa a salvar a informação. Quando se enche o *buffer* com uma pequena parte do arquivo, o cliente começa a mostrar e ao mesmo tempo continua o *download*.⁵ O sistema está sincronizado para que o arquivo possa ser visto enquanto se baixa o

⁴ Memória principal de um computador.

⁵ Descarregar.

arquivo, de modo que quando o arquivo acaba de ser baixado, também acaba de ser visualizado. Se em algum momento a conexão sofre decréscimos de velocidade se utiliza a informação que existe no *buffer*, de modo que se pode aguentar um pouco esse decréscimo. Se a comunicação se corta durante muito tempo, o *buffer* se esvazia e a execução do arquivo se cortaria também até que se restaurasse o sinal (ALVAREZ, 2017).

3.2 O STREAMING COMO UMA NOVA ALTERNATIVA NO RAMO MUSICAL

Muitos usuários aderem a essa tecnologia em busca de um conteúdo que seja disponibilizado de forma instantânea.

Existe diferença entre *streaming* e *download*, posto que, no primeiro caso, o fluxo contínuo de informações não fica na posse do basicamente, o serviço de *streaming* se torna uma forma de negócio inovador, pois substitui a forma de aquisição de CDs, DVDs, livros, entre outros bens e produtos, por um consumo digital, onde o alcance ao conteúdo se torna amplo pelo usuário, além deste não precisar manter *download* de tudo que deseja obter, já que o serviço traz o acesso de forma fácil e organizada ao dispositivo. Esta diferença corrobora, pois no primeiro caso, o fluxo contínuo de informações não fica na posse do usuário, e esses dados podem ser consumidos no mesmo momento em que foi transferido, ao contrário do *download*, que o receptor tem a posse das informações baixadas (PLAZA, 2015).

Dessa forma, quando os arquivos com os dados são recebidos no *streaming*, esses já são convertidos em som e imagem, e exibidos ao usuário no mesmo ato, e nada fica salvo no aparelho multimídia utilizado para reproduzir as informações transmitidas (SOUZA, 2011).

Importante destacar que para um melhor desempenho das informações baixadas, o *streaming* tem seus arquivos divididos em vários arquivos menores, os quais são transmitidos para o assinante, que recebe

os arquivos no seu aplicativo, e este remonta os diversos pedaços de dados enviados para exibir o conteúdo ao seu subscritor (PLAZA, 2015).

A lógica dessa repartição do arquivo é para que os dados sejam enviados e recepcionados de forma mais instantânea para o usuário, o que é diferente no caso do *download*, que precisa ser enviado e recepcionado de uma só vez para que se possam exibir as informações (SOUZA, 2011).

Essa forma de recepção e transmissão demonstrada anteriormente faz com que os serviços de *streaming* sejam comparados com sinal enviado por sinais de rádio e televisão. Isso porque, em ambos os casos se tem “o envio do sinal, a recepção deste pelo usuário por meio de um aparelho com a determinada função, a ausência de armazenamento do conteúdo no espaço físico do mencionado aparelho, a conversão em áudio e/ou vídeo e o consumo imediato da mídia.” (SOUZA, 2011).

O processo de transmissão de um fluxo contínuo de áudio e vídeo em tempo real via internet é muito similar à transmissão de áudio e vídeo por estações de rádio e TV. Somente que, em vez de utilizar o ar para suas transmissões, as estações transmitem via internet (FOROUZAN, 2017).

Além da transmissão, outra característica marcante nesse tipo de serviço, é que a empresa usa exaustivamente o arquivo digital. Isso significa que para obter lucro, a empresa precisa de um grande número de acessos ao arquivo, já que cada acesso gera pouca receita para a prestadora do serviço.

Como é necessário um alto número de acessos, as empresas de *streaming* tentam atrair usuários por meio do baixo custo, tornando o negócio muito interessante para o cliente, que geralmente vê certa vantagem em se conectar a muito conteúdo pagando pouco, visto que se fosse adquirir o bem do modo tradicional, pagaria um valor bem superior. É dessa forma que empresas como Netflix⁶ e Spotify⁷ têm ganhado destaque no Brasil e no mundo.

⁶ Plataforma mais popular da atualidade para assistir a filmes e séries de TV online, um serviço de streaming completo.

⁷ Um dos maiores serviços de streaming de música do mundo, se trata de uma plataforma que disponibiliza conteúdos em áudio para serem ouvidos em “tempo real”.

Para regulamentar essa atividade que explora comercialmente obras protegidas por Direito Autoral, o Brasil, por exemplo, dispõe de um sistema de gestão coletiva dos direitos autorais para controlar e administrar esse tipo de atividade. Observa-se atualmente uma série de conflitos de âmbito jurídico no que diz respeito aos impactos dos serviços de *streaming* de música. A remuneração paga aos compositores por esses serviços tem sido alvo de descontentamento por parte da classe artística (MOREL, 2017).

Além disso, a falta de consenso jurídico se esse tipo de serviço envolve a execução pública das obras musicais e, portanto, passível de cobrança adicional, tem gerado debates entre os especialistas da área jurídica. Vale ressaltar que esse trabalho de pesquisa não tem como objetivo debater de forma extensiva as questões de cunho jurídico envolvendo o *streaming* de música. Serão apresentados a seguir alguns dos impactos que a difusão desses serviços vem gerando principalmente no âmbito dos direitos autorais.

4 STREAMING: IMPACTOS E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA O DIREITO DE PROPRIEDADE DO AUTOR EM RELAÇÃO AS SUAS OBRAS

Em relação aos impactos do serviço de *streaming*, a tributação dessa tecnologia está só começando no Brasil, ainda não há uma interpretação consolidada do assunto pelos tribunais.

Todavia, diante da evidente inconstitucionalidade da incidência do ISSQN na modalidade *streaming on demand*,⁸ e da dificuldade em saber se o *live streaming* se encaixa, ou não, na hipótese de incidência do ISSQN, o Poder Judiciário assume papel essencial neste processo (REVOREDO, 2017).

O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), é um ator central destas disputas, na medida em que buscou trazer para si o papel de controlar e cobrar pelos diversos usos de música na Internet.

⁸ Exigir.

Nesse processo, têm sido importantes algumas discussões da dogmática jurídica, ainda pouco desenvolvidas, sobre em que consistem as diferentes utilizações de música na internet. São as concepções dos atores do mercado sobre o desempenho do ECAD, a partir do momento em que a criação de novos órgãos para cobrança dos direitos envolve também interesses e desejos de descentralização ou de diminuição do poder do Escritório Central. Mas um dos diagnósticos mais importantes está centrado em uma reorganização do sistema mediante a criação de novas espécies de intermediários do setor privado, que desempenham papéis importantes na economia dos direitos autorais, seja assumindo responsabilidades, seja oferecendo serviços próprios do ambiente digital para administração desses direitos. Uma parte dos novos fluxos, no entanto, ainda não foi tematizada pela literatura jurídica ou pela jurisprudência, inclusive por ser ainda pouco visível para quem não atua dentro do mercado digital de música (FRANCISCO; VALENTE, 2016, p. 302).

Para explicitá-los, tratar-se-á de forma indiferenciada os fluxos de remuneração por direito autoral que passam pelo sistema tradicional e estabelecido no sistema jurídico, de ECAD a novas associações, e que passam por atores empresariais cuja existência está ligada às soluções encontradas para distribuição de valores relativos a direitos autorais no mercado digital. Assim, enquanto será discutido o lugar do ECAD no sistema digital e, também, muito além dele. A disputa sobre o papel do ECAD nesse processo passa inevitavelmente pela definição legal de quais direitos a instituição deve administrar (FRANCISCO; VALENTE, 2016, p. 302-303).

A Lei de Direitos Autorais estabelece, em seu artigo 99:

Art. 99. A arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais e lítero-musicais⁹ e de fonogramas será feita por meio das associações de gestão coletiva criadas para este fim por seus titulares, as quais deverão unificar a cobrança em um único escritório

⁹ Literaturas infantis que são cantadas.

ECAD, DIREITO AUTORAL E MÚSICA NO BRASIL - Central para arrecadação e distribuição, que funcionará como ente arrecadador com personalidade jurídica própria e observará os §§ 1º a 12 do art. 98 e os arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-B, 100, 100-A e 100-B.

Nesse caso é importante ressaltar que o Ecad, de acordo com a Lei de Direitos Autorais (Lei n. 9.610/98) somente poderá cobrar direitos autorais, que sejam decorrentes da atividade de execução pública.

4.1 ECAD E A DEFINIÇÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE OS NOVOS SERVIÇOS

As poucas decisões judiciais disponíveis sobre o tema demonstram a produção de uma diferenciação entre as modalidades de serviços oferecidos. A distinção entre serviços de streaming interativos e não interativos, mais que uma questão de divisão de mercado, tem produzido consequências no diferente tratamento jurídico que têm recebido. Muitas das decisões criam novos problemas, ao utilizar conceitos técnicos de forma imprecisa, mas, se ainda não é possível afirmar que se delineia uma posição final quanto à legitimidade da cobrança do ECAD em diferentes casos, principalmente porque o Superior Tribunal de Justiça ainda não se manifestou, é possível observar que se delineiam algumas definições, como a jurisprudência a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE ILEGALIDADE DE COBRANÇA. ECAD. TRANSMISSÃO DE CONTEÚDOS SIMULTANEAMENTE POR RÁDIO DIFUSÃO E STREAMING VIA INTERNET. SIMULCASTING. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. APELO DO ESCRITÓRIO CENTRAL REQUERIDO. RÁDIO DIFUSÃO SONORA E STREAMING DE MÍDIA VIA INTERNET QUE TRATAM DE MODALIDADES DISTINTAS DE UTILIZAÇÃO DE OBRA PROTEGIDA, NOS TERMOS DO ARTIGO 29, INCISOS VIII, "D", E X, DA LEI N. 9.610/1998. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÕES ESPECÍFICAS

PARA CADA MODALIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 31 DA MESMA LEI. LEGALIDADE DA COBRANÇA. IMPROCEDÊNCIA QUE SE IMPÕE. “[...] 4. À luz do art. 29, incisos VII, VIII, “i”, IX e X, da Lei nº 9.610/1998, verifica-se que a tecnologia streaming enquadra-se nos requisitos de incidência normativa, configurando-se, portanto, modalidade de exploração econômica das obras musicais a demandar autorização prévia e expressa pelos titulares de direito. 5. De acordo com os arts. 5º, inciso II, e 68, §§ 2º e 3º, da Lei Autoral, é possível afirmar que o streaming é uma das modalidades previstas em lei, pela qual as obras musicais e fonogramas são transmitidos e que a internet é local de frequência coletiva, caracterizando-se, desse modo, a execução como pública. [...] 8. O critério utilizado pelo legislador para determinar a autorização de uso pelo titular do direito autoral previsto no art. 31 da Lei nº 9.610/1998 está relacionado à modalidade de utilização e não ao conteúdo em si considerado. Assim, no caso do *simulcasting*, a despeito do conteúdo transmitido ser o mesmo, os canais de transmissão são distintos e, portanto, independentes entre si, tonando exigível novo consentimento para utilização e criando novo fato gerador de cobrança para direitos autorais pelo ECAD [...] (REsp 1559264/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/02/2017, DJe 15/02/2017). ÔNUS SUCUMBENCIAIS REDISTRIBUÍDOS. HONORÁRIOS RECURSAIS INCABÍVEIS, NOS TERMOS DO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 7 DA CORTE SUPERIOR INFRANCONSTITUCIONAL. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. (SANTA CATARINA, 2017).

Uma busca de jurisprudência, datada de 12 de fevereiro de 2015, nas bases de pesquisa do Superior Tribunal de Justiça e dos 27 Tribunais de Justiça Estaduais (incluindo o do Distrito Federal e Territórios) retornou sete resultados relevantes. As buscas foram feitas com as palavras-chave

*simulcasting*¹⁰ e *webcasting*,¹¹ separadamente, que foram definidas a partir da leitura inicial de acórdãos conhecidos no campo (incluídos dentre os achados), nos quais a discussão se coloca em torno desses dois conceitos. Foram feitas checagens, também, com pesquisas com os termos “ECAD” e “ECAD e Internet” (FRANCISCO; VALENTE, 2016, p. 304).

Parte-se, por conseguinte, para a triagem manual, o que foi essencial, dado que vários casos envolvendo *simulcasting* dizem respeito a apostas em corridas de cavalo. Os resultados encontrados (um total de oito processos, por vezes envolvendo mais de uma decisão). As decisões sobre a necessidade de respeito a direitos autorais e retribuição pecuniária, e sobre a legitimidade do ECAD para a arrecadação, datam já de cerca de cinco anos. Em 2009, um juiz do Rio de Janeiro, Oswaldo Henrique Freixinho, deferia uma liminar em favor do ECAD, para que a Kboing Networks¹² do Brasil deixasse de veicular música em seu site, enquanto não providenciasse o pagamento ao ECAD.

Em outubro de 2012, um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo determinava também que a empresa ABC Brazil New Time Comunicações, por oferecer uma série de videoclipes em seu website,¹³ devia pagamento ao ECAD. Na decisão, os dispositivos legais sobre execução ECAD, Direito Autoral e Música no Brasil pública musical eram citados como os que justificariam a cobrança por parte do ECAD, mas não se discutia especificamente se ou por que a utilização de música em videoclipes deveria ser considerada execução pública (FRANCISCO; VALENTE, 2016, p. 304-305).

A primeira decisão envolvendo os modelos de negócio que se vem tratando no capítulo anterior data de agosto de 2011, quando a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina manteve uma liminar que

¹⁰ Transmissão simultânea. Refere-se aos programas ou eventos de difusão em mais de um meio, ou mais de um serviço ao mesmo tempo.

¹¹ Transmissão de áudio e vídeo utilizando a tecnologia *streaming* media. Pode ser utilizada por meio da internet ou redes corporativas ou intranet para distribuição deste tipo de conteúdo.

¹² Um dos maiores sites de música da internet brasileira.

¹³ Local na rede Internet.

havia sido deferida em primeira instância, em favor do ECAD. A Associação Catarinense de Emissoras de Rádio e Televisão – ACAERT movia processo para que fosse declarado que o ECAD não tinha o direito de cobrar pelas rádios online no caso de *simulcasting*: a hipótese em que uma rádio veicula sua programação, além de via rádio tradicional, também na internet, com a mesma programação. Ela queria obter uma liminar impedindo o ECAD de cobrar os valores, alegando que estava pagando em duplicidade pela mesma utilização (*bis in idem*) (FRANCISCO; VALENTE, 2016, p. 305).

Negado em primeira instância, o pedido foi reapreciado em segunda, e negado novamente:

Importante ressaltar que, por questão de obviedade, o público que ouve a emissora pela via tradicional não se confunde com o outro grupo de pessoas que, de seus computadores, recebem a propagação sonora via Internet. Veja-se, destarte, que seria incoerente exigir o pagamento dos valores apenas sobre o conteúdo difundido pela rádio AM/FM, se outros usuários, diferentes dos primeiros, também são beneficiários da execução musical.

De acordo com o Diário Oficial do Estado de Santa Catarina, foi deferido um pedido idêntico em primeira instância, em junho de 2014, dessa vez entendendo que a cobrança é ilegal, porque se trata de duplicidade. Nesse momento, já havia outras decisões no mesmo sentido. Em 2011, surgia alguma dúvida no campo. A Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu provimento a um agravo de instrumento da Rádio Globo. Em primeira instância, uma liminar havia proibido que a Rádio Globo veiculasse obras musicais na internet nas modalidades *simulcasting* e *webcasting*. A nova decisão discutia o interesse público na execução musical, e determinou que a Rádio Globo poderia permanecer no ar, desde que depositasse em juízo uma quantia mensal de R\$ 2.097,58, até que o caso fosse decidido (FRANCISCO; VALENTE, 2016, p. 305).

Foi a partir de então que começaram a ser decididas as grandes disputas. Um dos casos mais conhecidos e citados pelos atores do mercado é o processo iniciado pelo ECAD contra a operadora Oi (cujo nome empresarial é TNL PCS S/A), em 2009. O ECAD buscava que a (extinta) Rádio Oi pagasse pela veiculação da programação da rádio tradicional agora na internet. O conceito de *simulcasting* começou, nesse momento, a ser firmado pelo Judiciário como o serviço de transmissão simultânea, via tecnologia *streaming*, de conteúdo proveniente de uma emissora de rádio ou TV tradicional na internet (FRANCISCO; VALENTE, 2016, p. 306).

Em relação ao caso da Rádio Oi, o juízo de primeira instância entendeu que a cobrança por *simulcasting* constituía duplicidade, ou seja, que o ECAD não tinha prerrogativa de cobrar pela transmissão da rádio pela Internet, se já exercia a atividade de cobrança pela radiodifusão da mesma programação. O ECAD recorreu, e a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro debruçou-se sobre as formas de utilização que chamou de *simulcasting* e de *webcasting*. *Webcasting* é o nome dado ao serviço de oferecimento de música via *streaming* em que o usuário seleciona o que quer ouvir, ou seja, não está preso à programação pré-determinada do serviço, como é o caso do *simulcasting*. É a modalidade que tem sido chamada pelo mercado de serviços de *streaming* interativo. A questão era então se *simulcasting* e *webcasting* eram modalidades de execução pública musical, e se, como tal, ensejariam cobrança por parte do ECAD (FRANCISCO; VALENTE, 2016, p. 306).

A decisão, nesse momento, foi por maioria de votos (dois dos três desembargadores da Quinta Câmara Cível) e no sentido de que a modalidade *webcasting* ensejava, sim, o pagamento de direitos autorais por execução pública musical ao ECAD. O *simulcasting*, por sua vez, não ensejaria pagamento, já que, entenderam os desembargadores, tratava-se de cobrança em duplicidade. Cabe colocar, desde já, que a decisão foi revertida, como veremos depois (FRANCISCO; VALENTE, 2016, p. 306).

Para desenvolver seu argumento, os desembargadores debruçaram-se sobre o conceito de execução pública musical da Lei de Direitos Autorais. Cabe lembrar que, como indicamos acima, embora a decisão seja de 12 de abril de 2011, ou seja, pré-reforma da gestão coletiva que se deu pela Lei nº 12.582/13, o conceito de execução pública não sofreu alterações na mudança legislativa. (FRANCISCO; VALENTE, 2016, p. 306).

A importância do enquadramento de serviços de *streaming* interativo (ou *webcasting*) em execução pública está em que, conforme já discuti no presente trabalho, a cobrança de direitos autorais por execução pública é, no Brasil, atividade ECAD, DIREITO AUTORAL E MÚSICA NO BRASIL de monopólio do ECAD (FRANCISCO; VALENTE, 2016, p. 306-307).

A utilização musical de outras formas, por sua vez, não está definida como uma de suas prerrogativas. Debruçando-se sobre os dispositivos da Lei de Direitos Autorais que versam sobre o tema, o desembargador Antônio Saldanha Palheiro desenvolve o seguinte conceito:

Assim, execução pública significa transmitir, comunicar ou colocar à disposição do público uma obra, por meio de qualquer meio ou processo e que os integrantes desse público recebem essa obra no mesmo lugar ou em lugares separados, ao mesmo tempo ou em tempos diferentes.

De uma ou de outra forma, as recentes decisões dos Tribunais de Justiça de São Paulo, de Minas Gerais e do Rio de Janeiro parecem apontar para um entendimento (provisório, enquanto o STJ não se pronunciar) uniformizado de que *webcasting* não é modalidade de execução pública, e que, portanto, não cabe ao ECAD a cobrança no caso de serviços de *streaming* interativo.

Tudo indica que o ECAD não concorda com essa posição. Embora não haja menção específica a esses serviços no regulamento de arrecadação, na seção “Serviços ao usuário”, no site do ECAD, é possível, em fevereiro de 2015, acessar os valores cobrados na modalidade *webcasting* (7,5 da receita bruta, por mês, quando o conteúdo principal for a música) e *simulcasting* (10% do valor

correspondente à tabela de preços de rádio tradicional). A tabela de preços para mídias digitais contém a observação de que é válida até junho de 2015. Como se observará em detalhes a seguir, no entanto, uma divisão de tarefas e de valores tem ocorrido entre o ECAD e a UBEM (União Brasileira de Editoras de Música), em função de um acordo entre as entidades, documentado na Ata da 401a Reunião da Assembleia Geral do ECAD (FRANCISCO; VALENTE, 2016, p. 313). É importante ressaltar, todavia, que o caminho tomado pela jurisprudência e as regras explicitadas no site do ECAD não impedem a instituição de travar acordos diretos com outras organizações do sistema brasileiro de gestão coletiva. Esses acordos poderiam instaurar regimes privados de cobrança, incluindo o posicionamento do ECAD como agente responsável pela cobrança de plataformas de *streaming*.

Fica a discussão sobre: qual o titular de direito autoral que vai, por si ou por terceiros, exercer esse controle? Sendo uma rádio, quem cobra as rádios é o ECAD? Não necessariamente. A não ser que o grupo de titulares resolva colocar o ECAD para realizar esse controle. Mas não está dentro da exclusividade do ECAD de arrecadação e distribuição de direitos autorais na execução pública de obras musicais e fonogramas, autorizando (ou não) esse tipo de utilização (rádios que permitem a interatividade) (ABPI, 2003, p. 5).

4.2 O DIREITO AUTRAL E O YOUTUBE: ACOMODAÇÃO E AUTOMATIZAÇÃO

O YouTube¹⁴ e o ECAD firmaram uma carta de intenções, em 2008, para estabelecer um procedimento de pagamento da plataforma ao escritório pela utilização de músicas nos vídeos assistidos no Brasil. O YouTube tornaria-se, por alguns anos, o maior arrecadador do ambiente digital no Brasil. O acordo, embora não tenha sido expressivo em termos de valores arrecadados, foi entendido pelo ECAD como “representativo”, por indicar respeito do

¹⁴ Plataforma de compartilhamento de vídeos.

Google à lei autoral brasileira. Em 2013, o YouTube alegou ter um novo entendimento sobre as circunstâncias em que incidiria o direito de execução pública musical, recusando-se então a renovar o acordo travado com o ECAD. Essa nova posição provavelmente teve relação com as decisões judiciais que mencionamos anteriormente, que, a partir de 2012, começaram a convergir no sentido de afastar do ECAD a cobrança por serviços interativos na Internet. O YouTube vinha entrando em acordos com sociedades de gestão coletiva pelo mundo, como a aliança MCPS-PRS na Grã-Bretanha, a American Society of Composers, Authors and Publishers (ASCAP¹⁵) nos EUA, a Sesac, na Europa e a JRC, no Japão, todos 118 “O YouTube e ECAD”, em Link Estadão, 2011. ECAD, DIREITO AUTORAL E MÚSICA NO BRASIL, em 2007 (ROGERS, 2013, p. 86). As negociações vinham desde 2008, quando ECAD e YouTube firmaram uma carta de compromisso para estabelecer um regime de cobrança (Ata 350, 18/11/2008).

Em 2009, acertou-se que o YouTube destinaria 2,5% do seu faturamento para pagamento dos direitos de execução pública, sempre garantindo, no entanto, um valor mínimo de 150 mil dólares ao ano (Ata 360, 17/09/2009). A distribuição, decidiu-se que, posteriormente, dar-se-ia de acordo com a quantidade de visualizações dos vídeos, estabelecido, a partir dessa proporção, o corte no valor de R\$ 1 (um). Ou seja, quem menos recebesse, receberia R\$ 1 (um) real, e quem teve um número de visualizações abaixo dessa pessoa não receberia nada (Assembleia Geral do ECAD, Ata 382, 30 de março de 2011).

Na Assembleia Geral do ECAD de janeiro de 2013, a Gerência de arrecadação menciona a intenção de renovar a carta de intenções firmada com o YouTube em 2008. Mas, em maio daquele ano, a plataforma passou a registrar uma resistência na renovação: os representantes jurídicos do YouTube

¹⁵ Organização de “direitos de performance” que protege o direito autoral das obras de seus membros musicais através do monitoramento de performances públicas de suas músicas, seja via broadcasting (método de transferência de mensagem para todos os receptores), ou performance ao vivo, e compensando-os de acordo.

estariam apresentando um novo entendimento sobre em quais circunstâncias incidiria o direito de execução pública musical (Ata 411, 15/05/2013), ou seja, entendendo que não caberia ao ECAD a arrecadação pelas atividades do YouTube. Esse entendimento pode ter sido corroborado pelas decisões mencionadas, que, a partir de 2012, começaram a convergir no sentido de afastar do ECAD a cobrança por serviços interativos na internet.

5 CONCLUSÃO

No decorrer desse trabalho, é visível o que a internet proporcionou e proporciona a todo momento na vida das pessoas, o crescimento de novas ferramentas, que consequentemente trouxeram mudanças no consumismo, entretenimento, tornando-nos mais autônomos. Um exemplo plausível foi a Netflix, a qual trouxe uma nova oportunidade para as marcas, uma vez que sua plataforma possui vantagens, que a nossa antiga televisão não possui.

Assim, as tecnologias digitais permitiram a diminuição de custos na cadeia de produção: o *encoding*¹⁶ de MP3 é disponível para qualquer pessoa, as tecnologias digitais de gravação caseira são relativamente baratas e confiáveis, a disseminação e promoção de novos artistas é possível via mídias sociais, permitindo o acesso às plataformas de venda e *streaming* de música. Contudo se observa, também, que a promoção em mídias sociais já encontra seus limites na colonização desses espaços por atores tradicionais da indústria, e, no espaço que sobra, a disputa por atenção é acirrada.

O cenário já é bastante distinto no que diz respeito à gestão do direito autoral, ou do compositor: como já mencionado anteriormente, o progressivo e, em curso, afastamento do ECAD das funções de arrecadar e distribuir pelos mais relevantes serviços de consumo digital de música não parece apontar para melhorias em relação às queixas dirigidas ao funcionamento do modelo

¹⁶ Codificação.

tradicional. Observou-se que está sendo estabilizada a atuação de uma nova grande associação para administrar a parte autoral dos direitos, a União Brasileira de Editoras de Música (Ubem), e que reflete, em funcionamento e estrutura, alguns dos problemas que viemos tratando, na “Parte I”, em relação ao ECAD pré-reforma legal da gestão coletiva. Em contraposição ao que está ocorrendo com o direito artístico, o compositor independente tem poucas chances nesse sistema: não pode entrar na associação que se coloca como *one-stop shop*¹⁷ em algumas circunstâncias, a não ser por uma editora, e, para editoras, as barreiras à entrada, em termos financeiros, podem ser grandes. Em termos de transparência, já surgem reclamações de não associados sobre não entenderem que posição ocupam no sistema, se direitos relativos às suas músicas são arrecadados e para onde vão.

O acordo entre a União Brasileira de Editoras de Música (Ubem), com o ECAD é questionável, de início, pelo fato de o próprio Judiciário brasileiro entender que a cobrança de direitos pelos serviços digitais, por meio do *streaming*, não deve ser feita pelo ECAD, por não se tratar de execução pública.

Por outro lado, se o ECAD for definitivamente afastado das operações no âmbito digital, é o músico executante que se vê em uma situação onde suas fontes de renda ficarão reduzidas. Esse tipo de artista, titular de direitos conexos, recebe portanto, em termos de *royalties*,¹⁸ exclusivamente dos recursos advindos da execução pública. Com o papel da União Brasileira de Editoras de Música (Ubem), e a ilegitimidade do ECAD para a arrecadação dos serviços de *streaming*, em um cenário digital cada vez mais dominado por essas plataformas, e mantida a situação em que o músico não recebe *royalties* da utilização dos fonogramas¹⁹ pelas gravadoras, corre-se o risco desta categoria ver sua já reduzida fatia de participação reduzir ainda mais.

¹⁷ Balcão Único.

¹⁸ Regalia ou privilégio. Consiste em uma quantia que é paga por alguém ao proprietário pelo direito de usar, explorar ou comercializar um produto, obra, terreno, entre outros.

¹⁹ Forma de comunicação em sons, ou seja, cartas e anúncios em falas, e não por escrito.

Contudo, há que se refletir sobre a quem interessa que ocorra uma determinada transição de poder do ECAD para outras organizações, em vez de apostar-se no reforço e melhoria do sistema ECAD. Ainda que existam outras discussões legais transpassando essa passagem, e que ainda esteja pendente o posicionamento do STJ em relação ao assunto, nada impediria a transformação do conceito de execução pública, como ocorreu ao longo da história do século XX. Por outro lado, se o ECAD não tem monopólio legal para arrecadar de determinadas atividades, isso não significaria necessariamente que ele não poderia assumir essas funções contratualmente. Ainda que a União Brasileira de Editoras de Música (Ubem), esteja cumprindo bem sua função tecnológica, afinal, não há evidências do contrário, apesar deste processo parecer o oposto da modernização.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, J. de O. Aspectos jurídicos da distribuição em linha de obras literárias musicais, audiovisuais, bases de dados e produções multimédia. In: DIREITO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO. Coimbra, Portugal: Ed. Coimbra, 2004.

ASCENSÃO, J. de O. Direito da internet e da sociedade da informação. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ASSESPRORJ. Lei de Direitos Autorais n. 9.610/98. Disponível em: www.assesprorj.org.br/publique/media/lei961098.pdf. Acesso em: 18 out. 2011.

BARBOSA, D. B. *Propriedade intelectual: a aplicação do acordo TRIPS*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BITTENCOURT FILHO, J. Acesso à justiça: por onde passa a desigualdade. In: ALMEIDA, E. S. e. (org.). *Direitos e garantias fundamentais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 maio 2017.

CABRAL, P. *A nova lei de direitos autorais – comentários*. 4. ed. São Paulo: Harbra, 2003.

CARVALHO, A. T.; RIOS, R. O MP3 e o fim da ditadura do álbum comercial. In: PERPETUO, I. F.; SILVEIRA, S. A. da. *O Futuro da música depois da morte do CD*. São Paulo: Momento Editorial, 2009.

CASTRO, G. G. S. Pirataria na música digital: internet, direito autoral e novas práticas de consumo. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/pirataria_na_musica_digital.pdf. Acesso em: 26 abr. 2019.

COLARES, R. G. *Copyleft x copyright: fundamentos jurídicos e entraves da flexibilização dos direitos autorais*. Disponível em: <https://joaoademar.wordpress.com/copyright-x-copyleft/>. Acesso em: 26 abr. 2019.

FRAGOSO, J. H. da R. *Direito Autoral: Da Antiguidade à Internet*. São Paulo: Quantier Latin, 2009.

FRANCISCO, P. A. P.; VALENTE, M. G. *Da Rádio ao Streaming: Ecad, Direito Autoral e Música no Brasil*. Rio de Janeiro: Azougue, 2016.

HOUAISS, A.; VILLAR, M. de S. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

IURCONVITE, A. dos S. Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 10, n. 48, dez. 2007. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&%20artigo_id=4528. Acesso em: 12 maio 2017.

LE MOS, R. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

MARTINS, L. G. *Direitos Autorais na Era da Internet*. Disponível em: <http://www.fatecbauru.edu.br/rehute/artigos/8-%A6Direitos%20Autorais%20na%20Era%20da%20Internet.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2019.

MATTELART, A. *História da sociedade da informação*. São Paulo: Loyola, 2002.

MONTORO, A. F. *Introdução à ciência do direito*. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOREL, L. *Impactos das inovações em serviços no mercado brasileiro de música: o caso da tecnologia streaming*. 2017. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

PAESANI, L. M. *Manual de Propriedade Intelectual: direito de autor, direito da propriedade industrial, direitos intelectuais sui generis*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PEREIRA, A. L. D. *Direitos de autor e liberdade de informação*. Coimbra, Portugal: Almedina, 2008.

PEREIRA, L. A. T. Os direitos autorais no cenário internacional: regulamentação vigente e orientações político-econômicas. *Conteúdo Jurídico*, 28 dez. 2015. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,os-direitos-autorais-no-cenario-internacional-regulamentacao-vigente-e-orientacoes-politico-economicas,54974.html>. Acesso em: 26 abr. 2019.

PINHEIRO, P. P. G. Streaming de música vira alvo. *Meio e Mensagem*, 17 fev. 2016. Disponível em: <http://www.meioemensagem.com.br/home/midia/2016/02/17/streamings-de-musica-viram-alvo.html>. Acesso em: 17 fev. 2017.

REFORMADIREITOAUTORAL.ORG. *Rede pela Reforma da Lei de Direito Autoral*. Disponível em: www.reformadireitoautoral.org. Acesso em: 25 jan. 2019.

REVOREDO, T. T. de P. *A tecnologia “streaming” (fornecida pela Netflix, Spotify e outros) no contexto do direito tributário brasileiro e do direito digital*. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18609. Acesso em: 05 jun. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Primeira Câmara de Direito Civil. Apelação Cível n. 0057619-24.2010.8.24.0023 da Capital. Relator: Desembargador Eduardo Mattos Gallo Júnior, 14 de setembro de 2017. TJSC, 2017. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca-Form.do>. Acesso em: 7 maio 2019.

SANTOS, M. *Direito autoral na era digital*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, M. Z.; DALL'ORTO, F. C. Streaming e sua influência sobre o Audio-visual e o Product Placement. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 40., 2017, Curitiba. Anais [...]. Curitiba: Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, 2017. Disponível em: <http://portalintercom.org.br/anais/nacional2017/resumos/R12-2757-1.pdf>. Acesso em: 4 set. 2017.

SOUZA, M. A influência da internet e suas ferramentas no ambiente corporativo. *Administradores.com*, 3 jul. 2011. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/artigos/marketing/a-influencia-da-internet-e-suas-ferramentas-no-ambiente-corporativo/56354/>. Acesso em: 5 jun. 2018.

STAFIN, C. L. F. A tributação das novas tecnologias no serviço de *streaming* no Brasil. *Boletim Jurídico*, Uberaba, ano 13, n. 1.486, 2017. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4318/a-tributacao-novas-tecnologias-servicos-streaming-brasil>. Acesso em: 5 jun. 2018.

WACHOWICZ, M. *Marco civil da internet*. Curitiba: Gedai: UFPR, 2015.

WERLICH, O. *Direitos autorais. Evolução legislativa. Análise jurisprudencial em Santa Catarina 1992 a 2002*. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO MUNDO VIRTUAL: A RESPONSABILIDADE DOS PAIS E/OU RESPONSÁVEIS FRENTE AOS CRIMES SOFRIDOS PELO MENOR

Anna Paula Milczarek¹
Magda Cristiane Detsch Silva²

Resumo: No decorrer dos anos o mundo vem sofrendo várias mudanças, principalmente no âmbito social. A forma de convívio, excepcionalmente no meio familiar, é afetada drasticamente com a evolução da tecnologia e, sobretudo, com a inserção da internet, visto que tecnologias que foram criadas para aproximar as pessoas, na maioria das vezes apresentam um resultado contrário ao pretendido. A geração atual, principalmente crianças e adolescentes já nasce cercada pelas tecnologias e seus meios ágeis de comunicação, ficando tão acostumada com esse mundo virtual que não se dá conta de que acaba deixando de lado o convívio em sociedade, e pior, acaba abandonando o convívio familiar. Contudo, com a “normalização” desta distância entre os membros das famílias, os detentores do Poder Familiar, muitas vezes, acabam não tendo conhecimento, ou até ficam inertes ao conteúdo e pessoas com quem o menor tem acesso via internet, deixando-o desta forma, desprotegido da devida tutela, podendo este, muitas vezes, ser vítima de diversas ocorrências na web³. Desta forma, partindo do pressuposto de que os responsáveis legais têm o dever de prestar assistência aos filhos e monitorá-los enquanto estão em contato com a internet, busca-se analisar qual a responsabilidade dos detentores do Poder Familiar em casos de crimes ocorridos contra o menor via internet. Trata-se de pesquisa

¹ Graduanda no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; annamilczarek.apm@gmail.com

² Mestra em Educação pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

³ Palavra inglesa que significa teia ou rede. Significa um sistema de informações ligadas através de hiper mídias (hiperligações de forma de texto, vídeo, som e outras animações digitais) que permitem ao usuário acessar uma infinidade de conteúdos através da internet (SIGNIFICADOS, 2019).

realizada com base no procedimento metodológico relacionado ao método dedutivo de abordagem.

Palavra-chave: Menor. Responsáveis legais. Responsabilidade. Crime virtual.

1 INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico fez com que o mundo e a sociedade em geral, passassem por um grande desenvolvimento e transformação nos últimos anos, principalmente no cotidiano e nas relações das pessoas. A tecnologia oferece às pessoas mais agilidade, conforto e eficiência na realização de diversas atividades, tanto no âmbito de trabalho quanto na vida pessoal, sobretudo nas relações de comunicação.

Com o avanço da tecnologia e a chegada da internet, a comunicação entre as pessoas mudou consideravelmente. É notório que a tecnologia adentrou na vida das pessoas, gerando formas de entretenimento que, até poucos anos atrás, não existiam.

Atualmente vive-se na era da informação e da tecnologia cada vez mais avançada que, através de mecanismos como a internet, faz com que as pessoas, para se manter sempre atualizadas, acabem modificando suas atitudes no dia a dia e, conseqüentemente, perdendo o convívio social que sempre foi tão natural.

A criação da internet trouxe novas formas de comunicação, essencialmente, as redes sociais, que favorecem esse afastamento entre as pessoas. Ainda, além deste distanciamento em um geral, é possível citar a modificação no comportamento das crianças e adolescentes frente à tecnologia, as quais estão cada vez mais conectadas e utilizando diversos meios disponíveis pela internet.

Se bicicletas, bonecos e carrinhos eram presentes certos para as crianças, atualmente eles têm perdido espaço para celulares, tablets e computadores. É fato: o mundo digital faz parte da infância da nova geração. Neste contexto, o que pode se tornar preocupante é que as crianças não estão

apenas tirando selfies e brincando com aplicativos de jogos, elas têm contato cada vez mais cedo com redes sociais e diversos outros meios de comunicação.

Segundo a Revista Crescer (41% DAS..., 2017), uma pesquisa realizada por uma Organização Britânica⁴ verificou que a internet também está sendo utilizada cada vez mais cedo pelas crianças. Tal estudo, que foi realizado com 1.500 (mil e quinhentas) famílias, apontou que hoje em dia, 48% (quarenta e oito por cento) das crianças de 6 (seis) anos fazem uso dessas tecnologias. E mais: 41% (quarenta e um por cento) delas acessam a internet sem nenhuma supervisão dos pais.

Ainda conforme a Revista Crescer (41% DAS..., 2017), a pesquisa revelou também que 44% (quarenta e quatro por cento) das crianças entrevistadas utilizam a internet dentro do próprio quarto, e 27% (vinte e sete por cento) ficam online fora de casa. Além disso, 32% (trinta e dois por cento) são adeptas dos serviços de mensagem instantânea para se comunicar.

Após a conclusão do estudo, como informa a Revista Crescer (41% DAS..., 2017), a organização britânica se posicionou: “Isso só mostra o quão rápido é o ritmo de mudança no mundo da tecnologia e o quão vital é que os pais criem mecanismos de segurança e entendam alguns dos riscos que existem quando a criança fica online.”

Por mais que o contato com a internet e as telas seja inevitável, é importante que os pais e responsáveis pelo Poder Familiar reflitam sobre o acesso das crianças ao universo virtual. Cabe a eles limitar o tempo de uso e ponderar quais os benefícios e os riscos envolvidos.

Muitos pais e responsáveis legais têm permitido cada vez mais, com grande naturalidade, que seus filhos tenham acesso livre à internet, não se opondo ou sequer fiscalizando os ambientes virtuais acessados, os conteúdos e,

⁴ Internet Matters é uma organização sem fins lucrativos, com sede em Londres, Inglaterra. Foi criada para ajudar os pais a manterem seus filhos seguros on-line. Fundada em 2014 (INTERNET MATTERS, 2019).

sobretudo, as pessoas que o menor tem acesso na web, o que pode tornar-se um grande problema diante da ingenuidade das crianças quanto ao mundo real.

Diante do problema supracitado, é questionável a responsabilidade dos pais, quando há negligência por parte destes, nos crimes ocorridos via internet contra seus filhos, visto que, tal negligência pode afetar a vida do menor numa proporcionalidade inestimável, considerando que há um aumento gradativo dos crimes virtuais contra crianças e adolescentes.

Existe uma grande relevância, tanto social quanto jurídica, quanto à discussão do tema, visto que a vida e segurança do menor são bens tutelados pelo Estado, devendo ser resguardados, principalmente, pelo Poder Familiar.

Desta forma, o presente artigo busca discutir a forma como as crianças e adolescentes têm reagido ao mundo virtual atual e, principalmente, como os responsáveis pelo Poder Familiar têm enfrentado essa situação, visto que, se não monitorados e bem orientados, os menores podem ficar suscetíveis a diversos perigos na web, podendo inclusive, os pais e/ou responsáveis serem responsabilizados caso o menor sofra algum dano.

O procedimento metodológico escolhido é relacionado ao método dedutivo de abordagem, o qual generaliza a questão principal, ou seja, parte de um assunto geral para um específico, alcançando uma conclusão particular, fundamentando-se no silogismo. Utilizando-se de pesquisa bibliográfica, documental reflexiva a respeito do tema abordado.

2 A EVOLUÇÃO DA ERA VIRTUAL E O IMPACTO DA INTERNET NO ÂMBITO FAMILIAR

Entre as décadas de 1940 e 1950, nos Estados Unidos e na Europa, principalmente na Inglaterra, a criação da televisão impactou a sociedade moderna da época, já revolucionando os sistemas de informação com a imagem em movimento, que até então era presente somente em salas escuras de cinemas, passou a estar presente nas residências das famílias.

Nesta mesma época, começava a ser desenvolvido o computador, no qual as informações eram programadas para efetuar algumas operações independentes, ainda que ocupasse uma sala e pesasse dezenas de toneladas. Pouco tempo depois, na década de 1980, foi criado o modelo compacto do computador, o qual passou a influenciar os modelos de computadores até os dias atuais (KOHN; MORAES, 2007).

De lá pra cá é possível perceber que no decorrer dos anos o mundo vem sofrendo inúmeras mudanças, e a mais significativa delas, após as já citadas, é a chegada da tecnologia, a qual modificou drasticamente as relações e o convívio em sociedade, afetando principalmente o meio familiar, o qual sofreu, sobretudo, com a inserção da internet, visto que tecnologias que foram desenvolvidas para aproximar as pessoas, na maioria das vezes apresentam um resultado contrário ao pretendido.

A geração atual, principalmente crianças e jovens, os quais já nasceram cercados pelas tecnologias e seus meios ágeis de comunicação, estão tão acostumados com esse mundo virtual que não se dão conta de que estão deixando de lado o convívio em sociedade, e pior, acabam abandonando o convívio familiar.

Além disso, muitos pais não foram preparados para esta avassaladora mudança no cotidiano proporcionada por toda a nova tecnologia, envolvendo principalmente a internet e todos os seus meios de comunicação, já que cresceram em uma época em que a internet não estava presente, e foram aprendendo a utilizá-la conforme este recurso foi se propagando.

Além disso, a rotina atarefada dos pais e a própria justificativa quanto ao cansaço do trabalho, acabam criando um distanciamento entre os membros das famílias, abrindo espaço assim, para um ambiente de normalidade destas atitudes e banalizando o abandono.

Contudo, com a “normalização” deste distanciamento entre os integrantes das famílias, muitas vezes os detentores do Poder Familiar acabam não tendo conhecimento, total controle ou até mesmo, ficando inertes

ao conteúdo e pessoas com quem o menor pode ter acesso via internet, deixando-o desta forma, desprotegido da devida tutela, podendo este, muitas vezes, tornar-se vítima de diversas ocorrências na web.

Ter a relação com os pais enfraquecida é um grande risco para a vida da criança ou do jovem (RELACIONAMENTO..., 2016). De acordo com a mais recente Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar (Pense),⁵ do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE),⁶ entre outras razões, a falta de diálogo entre as famílias favoreceu com que 70% (setenta por cento) dos brasileiros não supervisionem os deveres de casa das crianças, mais de 40% (quarenta por cento) não saibam o que elas fazem no tempo livre e 25% (vinte e cinco por cento) desconheça que o filho tenha faltado às aulas.

Essa falta de interação sobre a rotina dos filhos ainda é brecha para grandes malefícios; quando restritas às atividades on-line, os mais novos não desenvolvem suas habilidades de relacionamento interpessoal e ficam expostos a crimes virtuais, como a pedofilia, e aos perigos ocultos da internet.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS DETENTORES DO PODER FAMILIAR E O DEVER DE EDUCAÇÃO E VIGILÂNCIA SOBRE O MENOR TUTELADO

O direito brasileiro é rigoroso quanto ao zelo pela criança e/ou adolescente. É estipulado que os direitos e interesses do menor devam ser zelados até que este atinja a maioridade. Assim, a tutela e a guarda são institutos previstos no ordenamento jurídico, ambos objetivando a proteção integral da criança e do adolescente.

⁵ PENSE, Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar – teve início em 2009, fruto de parceria com o Ministério da Saúde e apoio do Ministério da Educação. Busca investigar informações que permitem conhecer e dimensionar os fatores de risco e proteção à saúde dos adolescentes (IBGE, 2019b).

⁶ IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística é um instituto público da administração federal brasileira criado em 1934 e instalado em 1936 com o nome de Instituto Nacional de Estatística; seu fundador e grande incentivador foi o estatístico Mário Augusto Teixeira de Freitas (IBGE, 2019a).

O Código Civil Brasileiro, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, entre os diversos assuntos tratados quanto à tutela do menor, em seus artigos 1.634 e 1.740, inciso I, traz o contexto de que o responsável pelo menor deve dirigir-lhe a devida educação, incluindo assim, a devida orientação quanto ao uso da internet e seus meios de comunicação.

Com o intuito de reforçar os direitos e deveres da criança e do adolescente, em 13 de julho de 1990 foi aprovada a Lei n. 8.069, nomeada como Estatuto da Criança e do Adolescente, conhecida como ECA. Tal Lei, em seu artigo 19, caput, aduz que é direito fundamental de toda criança e adolescente “ser criado e educado no seio de sua família natural e, excepcionalmente, em família substituta [...]” (BRASIL, 1990).

Ainda, o artigo 22 da mesma Lei, dispõe que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.” (BRASIL, 1990). Além disso, o Parágrafo único do mesmo artigo estabelece que os responsáveis pelo poder familiar “têm direitos, deveres e responsabilidades iguais, sendo compartilhados no cuidado e na educação da criança.” (BRASIL, 1990).

Diante do momento vivido atualmente, meio a tanta tecnologia e evolução, sentiu-se a necessidade de legislar a respeito. Foi então que em 23 de abril de 2014 foi aprovada a Lei n. 12.965, conhecida popularmente como o Marco Civil da Internet, a qual tem como objetivo regulamentar a utilização da internet no Brasil através da previsão de princípios, garantias, direitos e deveres para quem utiliza a rede, além de determinações quanto à atuação do Estado no meio virtual (BRASIL, 2014).

Tal Lei, em seu artigo 29 reforça o dever de fiscalização dos pais perante os recursos tecnológicos utilizados pelos seus filhos. Frisa-se:

Art. 29. O usuário terá a opção de livre escolha na utilização de programa de computador em seu terminal para exercício do controle parental de conteúdo entendido

por ele como impróprio a seus filhos menores, desde que respeitados os princípios desta Lei e da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente. (BRASIL, 2014).

Neste contexto, fica notório que a tutela, o zelo e principalmente a educação vão muito além dos ensinamentos repassados ao menor sobre a convivência em família ou em sociedade. Há, sobretudo, a necessidade de acompanhar o crescimento das crianças juntamente com a evolução do mundo, já que a cada momento novas tecnologias vão surgindo, disponibilizando a todo e qualquer usuário qualquer tipo de informação.

Dito isso, fica claro que, quanto menos os pais ou responsáveis pelo Poder Familiar cumprem seu dever de tutela, mais o menor estará sujeito a inúmeros perigos e violação de direitos. A conjuntura em que os crimes ocorrem contra menores, sugere que os responsáveis estiveram afastados de seus deveres, insinuando assim, a existência de omissão e negligência quanto ao dever de educação e vigilância.

4 A INGENUIDADE DO MENOR E A POSSÍVEL ROTINA DE NEGLIGÊNCIA E OMISSÃO QUE PROPICIAM EXPOSIÇÃO A QUALQUER TIPO DE AMBIENTE VIRTUAL

Atualmente não é raro saber que muitos pais e responsáveis legais têm permitido cada vez mais, com grande naturalidade, que seus filhos tenham acesso livre à internet, não se opondo ou, sequer fiscalizando os ambientes virtuais acessados, os conteúdos e, sobretudo, as pessoas com quem o menor tem contato na web, o que pode se tornar um grande problema diante da ingenuidade das crianças frente ao mundo real.

Partindo dessa negligência, crianças e adolescentes acabam por se sentir estimulados à submersão no mundo virtual, guiados principalmente por sua curiosidade em conhecer o novo, sendo assim, seduzidos pela imensidão de diversidade de assuntos disponíveis na web, ficando cada

vez mais conectados e, conseqüentemente, substituindo a presença dos pais tornando-se sempre mais vulneráveis.

Tal situação só é possível mediante o “abandono digital” dos pais, termo utilizado por Patrícia Peck Pinheiro em artigo sobre o tema, para denominar a negligência parental configurada pelos atos omissos dos responsáveis pelo Poder Familiar, que ficam desatentos quanto à segurança dos menores frente ao ambiente cibernético. A autora ainda avaliou que “os pais têm responsabilidade civil de vigiar os filhos”, pois “a internet é a rua da sociedade atual”, resultando reconhecer que quanto maior a interatividade da web e o acesso às novas tecnologias, “maior a necessidade de educação.” (PINHEIRO, 2016).

Ainda, conforme Pinheiro (2016) deve-se entender a educação digital como “pauta de segurança que deve estar no dia a dia das famílias.” Isto é, à medida que se fornece aos filhos aparelhos digitais, como celulares e computadores, é de extrema importância que se transmita o devido conhecimento e informação quanto ao bom uso destes aparelhos, limitando o uso dos equipamentos e, principalmente, supervisionando os acessos, visto a potencialidade dos riscos existentes em relaxar neste quesito.

O Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014), é taxativo em seu artigo 29 quando afirma que o usuário é livre para utilizar algum programa de computador para controle parental. Neste caso, vislumbra-se que é expressamente permitido que os pais e/ou responsáveis, desde que respeitando as determinações do ECA, possam instalar programas em seus computadores para monitorar o conteúdo acessado pelo menor.

A partir daí é possível perceber que a norma jurídica brasileira busca, na nova sociedade digital, reconhecer a responsabilidade parental em face dos filhos conectados com todas as tecnologias disponíveis que os fascinam e, ao mesmo tempo, os desamparam frente a uma possível falta de educação digital, o que os permite conviver meio à web cercados de riscos.

Neste sentido, amparado ainda pelo ECA (BRASIL, 1990), faz-se necessário citar o art. 17 da referida Lei, o qual aduz sobre o direito ao respeito da inviolabilidade do menor, conforme abaixo:

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Assim, como se refere o artigo supracitado, estando a criança ou o adolescente em sua “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”, mais se acentuam as responsabilidades parentais pelos deveres de cuidados, como obrigação jurídica extraída do regular exercício do Poder Familiar.

5 PRINCIPAIS CRIMES VIRTUAIS CONTRA MENORES E AS MEDIDAS QUE DEVEM SER TOMADAS PELOS RESPONSÁVEIS LEGAIS A FIM DE EVITÁ-LOS

Em um mundo cada vez mais conectado, as crianças e os adolescentes se tornaram mais vulneráveis aos crimes cibernéticos. Os autores destes crimes, que utilizam a rede para estabelecer contato direto com as vítimas, têm na internet uma maneira fácil, rápida e pouco supervisionada para a prática de ações criminosas.

Faz-se necessário ressaltar que há uma infinidade de delitos possíveis de serem praticados via internet, desde os mais comuns e corriqueiros, até os mais devastadores e com alto grau de lesão à vítima, como por exemplo, a corrupção de menores e a pedofilia. Principalmente por este motivo, Lima (2005, p. 15) destaca que o Direito e seus legisladores devem reconhecer valores penalmente relevantes, criando e melhorando a normatização, a fim de proteger as relações sociais, que estão cada vez mais modificadas com a difusão da tecnologia.

Neste sentido, Dunck e Barbosa (2014, p. 89) comentam que o campo virtual é, sem dúvida alguma, extremamente fértil para a ocorrência de diversos crimes, como por exemplo, furto, estelionato, calúnia, injúria, difamação, ameaça, dano, aliciamento, assédio, como tantos outros, ressaltando que, pelo fato de tais crimes serem possíveis de cometer através da internet, seus autores pensam ser uma forma fácil de infringir a lei com maior facilidade e posterior dificuldade de punição.

Segundo os autores, tais crimes conhecidos também como crimes cibernéticos, virtuais, informáticos ou eletrônicos, têm se potencializado de forma considerável. Com crianças e adolescentes, um dos primeiros sintomas a ser notado quando o uso da internet se torna excedente, é quando, principalmente a vida escolar é afetada, dentre outras alterações na rotina diária.

Dentre os diversos crimes praticados via web, a pedofilia virtual é um dos crimes mais sofridos atualmente. Criminosos aproveitam a facilidade de comunicação para compartilhar fotos, vídeos e informações envolvendo o abuso sexual de menores de idade. Além disso, há quem se aproveite do anonimato para entrar em contato com esses menores e, de uma forma ou de outra, convencê-los a participar de encontros reais.

Em entrevista para a Agência Jovem de Notícias,⁷ Nejm (2017), diretor de prevenção da SaferNet,⁸ comentou que existem diferentes formatos de abuso sexual online de crianças e adolescentes. Há situações em que o aliciamento de menores ocorre após o criminoso fingir, por meio de um perfil falso, ser outro jovem.

No entanto, Nejm (2017) conta que muitas vezes o que acontece são os abusadores se passarem por produtores de comerciais, agentes de

⁷ Agência Jovem de Notícias é uma iniciativa colaborativa que envolve diversas organizações, movimentos e projetos sociais e escolas no Brasil e no exterior (CRIANÇAS..., 2017).

⁸ Organização não governamental, sem fins lucrativos, que reúne cientistas da computação, professores, pesquisadores, e bacharéis em direito com a missão de defender e promover os direitos humanos na internet (SAFERNET, 2019).

modelo ou assessores de artistas. Eles fazem os adolescentes acreditarem, por exemplo, que estão participando de testes de propaganda ou concursos para conhecerem seus ídolos.

Desta maneira, são convencidos a se exporem sexualmente em troca do papel ou do prêmio. O criminoso pede que o menor envie, em determinado momento da conversa, um conjunto de fotos em que esteja nu, com roupas íntimas ou de banho: é a produção de pornografia infantil, mediada pelas tecnologias da rede.

Nejm (2017) explica ainda que, dependendo da idade da criança, ela ainda não tem todo o discernimento nem a capacidade crítica para identificar uma conversa suspeita. Também tem dificuldade em entender a diferença entre um diálogo com um adulto se passando por uma criança, por exemplo.

As consequências psicológicas da violência sexual online são bastante semelhantes às de fora da internet. A criança ou o adolescente tem a relação de confiança com os adultos completamente desestruturada. Se antes eles representavam proteção, cuidado ou amparo, o que é, segundo Nejm (2017), uma referência importante para uma vida saudável, isso é quebrado de forma radical, e o jovem deixa de confiar nos adultos.

Além disso, a vítima desenvolve complicações relacionadas ao conhecimento e desenvolvimento da própria sexualidade. Um episódio traumático poderá se tornar um problema na vida do jovem, o qual terá dificuldades em superar o episódio e recuperar o fluxo de suas experiências. Depois, na vida adulta, alguns têm dificuldades para estabelecer relacionamentos afetivos e sexuais (NEJM, 2017).

Os desdobramentos são variados, e é também possível que os jovens desenvolvam algum tipo de compulsão sexual, pois a relação com o próprio corpo foi desregulada pela violência de que foram vítimas.

Outros transtornos associados a compulsões podem ser desenvolvidos, como o alcoolismo e a ludo mania (vício em jogos). Ainda, a

violência sexual pode acarretar o isolamento social e grandes problemas de autoestima para o adolescente, que deixa de ver valor em si mesmo.

Ainda segundo Nejm (2017), há uma tendência de culpabilização: o próprio jovem se sente de alguma forma culpado pelo que aconteceu, em especial quando envolve o abuso fora da internet, sem se reconhecer como vítima.

O uso consciente da internet por parte de crianças e adolescentes e o conhecimento sobre os riscos presentes na rede são pontos indispensáveis para a prevenção contra o abuso sexual online. Mas também é preciso que os pais e responsáveis se envolvam para garantir a segurança de seus filhos. “É importante que a criança e os pais percebam que a internet é a maior praça pública que existe no planeta.” (NEJM, 2017). Segundo ele, os pais devem ter a consciência, desde o primeiro contato dos filhos com a internet, de que ela não é um universo paralelo à nossa sociedade.

Ainda mais importante é que os pais cultivem uma relação de confiança com os filhos, de modo que as crianças e os adolescentes se sintam confortáveis para procurá-los caso tenham algum problema, dúvida ou se estiverem diante de uma situação suspeita na rede. Esse já seria um grande passo para evitar que eles se sintam desamparados ou que estejam vulneráveis a situações abusivas online.

Neste sentido, em entrevista à Rádio Nacional do Rio de Janeiro,⁹ a especialista em Direito Digital, Patrícia Peck Pinheiro (2016) alertou que todo cuidado e atenção são necessários quando uma criança tem acesso à internet: “Estar na internet não é estar seguro, estar em casa. Na verdade, a internet se tornou uma grande rua. Tem que haver a preocupação de vigilância, de saber com quem está falando e o que está acessando.”

⁹ Rádio Nacional do Rio de Janeiro – Emissora de rádio brasileira sediada na cidade do Rio de Janeiro. A emissora pertence a Empresa Brasil de Comunicação (EBC) Órgão do Governo Federal responsável pela administração das emissoras de rádio e TV educacionais do Brasil (EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO, 2019).

Neste contexto, Pinheiro (2016, p. 98) comenta que não se pode aceitar e entender como normal um jovem participar de mídias sociais tendo menos do que a idade mínima permitida. Tampouco se pode aceitar que este mesmo jovem publique informações pessoais, como por exemplo, número de seu celular de forma aberta nas redes sociais, abrindo a possibilidade de qualquer pessoa entrar em contato com ele, desde um colega de escola até um pedófilo.

Segundo a autora, os motivos que mais deixam os adolescentes suscetíveis à, principalmente, serem vítimas de exploração sexual, é a autoexposição e a falta de proteção de sua intimidade. Ainda segundo Pinheiro (2016, p. 99), essas atitudes, tomadas como normais pela maioria dos jovens, ocorrem entre amigos e até no meio familiar.

Desta forma, é necessário que haja uma conscientização pelos detentores do Poder Familiar sobre todas as instruções que devem repassar aos filhos sobre sua autoexposição na internet. Além disso, é primordial que, embora repassadas as coordenadas sobre os cuidados, haja uma grande cautela por parte destes quanto ao conteúdo que os menores têm acesso na web e, principalmente, com as pessoas que têm contato.

6 A NEGLIGÊNCIA E OMISSÃO DOS DETENTORES DO PODER FAMILIAR PARA COM O MENOR FACILITAM SUA EXPOSIÇÃO A CRIMINOSOS

A responsabilidade civil é um instituto do direito utilizado para atender o dano decorrente da violação de um dever jurídico. Nas relações familiares entre pais e filhos, não é diferente. Ela se apresenta como ferramenta de defesa sempre que a criança e/ou o adolescente sofrer um dano derivado do abandono afetivo (GODINHO, 2014).

É certo que o abandono afetivo é outro tema, também relacionado com a responsabilidade dos detentores do Poder Familiar, mas distinto do discutido

no presente artigo. Entretanto, para melhor compreensão da grandiosidade de tal assunto, podemos citá-lo como referência em alguns aspectos.

Uma vez constatado que o abalo psíquico se deu em virtude da conduta omissa do genitor, que negou cuidados e negligenciou os deveres de convivência, respeito e dignidade, inerentes ao Poder Familiar, resta necessária a aplicação de indenização, com o fim precípua de efetuar a tutela dos direitos ora lesados (GODINHO, 2014).

Logo, verificar-se-á que reconhecer a responsabilidade por abandono afetivo é adotar o entendimento de que a criança e o adolescente possuem prioridade absoluta e, em consequência, merecem ter acesso a um instrumento de defesa dos seus direitos, incisivo a ponto de obrigar a pessoa que o desrespeita a pagar uma indenização, a título de dano moral/afetivo (GODINHO, 2014).

Neste sentido, segundo Godinho (2014), vale ressaltar a essência do “ser” e não do “ter” como paradigma do conceito de tutela de direitos. Para o autor, após o Estado absolutista ressurgiu um novo movimento constitucionalista que trouxe o conceito de tutela da dignidade da pessoa humana, onde o que importa é a pessoa humana. Nesse contexto, ressalta também os direitos de personalidade que têm por objetivo os atributos essenciais da pessoa humana em seus aspectos físicos, moral, e intelectual, é o conjunto de atributos inerentes à condição humana, é tudo aquilo que é essencial, é o que é indissociável à pessoa humana.

Para Cavalieri Filho (2010, p. 2), a responsabilidade civil “é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.” Destarte, somente incide em responsabilidade civil quem descumpra um dever jurídico e causa dano.

Nesse sentido, é o que nos ensina o doutrinador Bittar (2015):

Havendo dano, produzido injustamente na esfera alheia, surge a necessidade de reparação, como imposição natural da vida e sociedade e, exatamente, para a sua

própria existência e o desenvolvimento normal das potencialidades de cada ente personalizado. É que investidas ilícitas ou antijurídicas no circuito de bens ou de valores alheios perturbam o fluxo tranquilo das relações sociais, exigindo, em contraponto, as reações que o Direito engendra e formula para a restauração do equilíbrio rompido. Ao escolher as vias pelas quais atua na sociedade, o homem assume os ônus correspondentes, apresentando-se a noção de responsabilidade como corolário de sua condição de ser inteligente e livre.

Gagliano (2007, p. 20 apud BITTAR, 2015) ressalta:

[...] uma vez assumida determinada atitude pelo agente, que vem a causar dano, injustamente, a outrem, cabe-lhe sofrer os ônus relativos, a fim de que se possa recompor a posição do lesado, ou mitigar-lhe os efeitos do dano, ao mesmo tempo em que se faça sentir ao lesante o peso da resposta compatível prevista na ordem jurídica.

Nas palavras de Begalli (*apud* BONFIM, 2008, p. 29):

O prejuízo que deve ser ressarcido é aquele que se origina de um ato ilícito, considerado como toda ação ou omissão voluntária, ou decorre de negligência ou imprudência, ocasionando prejuízo alheio ou violação de direito, sintetizada na diminuição ou subtração causada por outrem de um bem jurídico, de ordem patrimonial ou moral, tal seja a possibilidade de redução de uma quantia pecuniária.

Portanto, “a responsabilidade civil opera a partir do ato ilícito, com o nascimento da obrigação de indenizar.” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 3-4). Não existe, pois, responsabilidade sem violação de uma obrigação, ou seja, não existe dever de indenizar se não existir o ato ilícito.

Cabe ressaltar, igualmente, que, a responsabilidade civil recairá sempre sobre o patrimônio do devedor, muito embora os danos a serem

ressarcidos ou reparados possam ser de conteúdo moral, social, entre outros (GONÇALVES, 2006).

Ainda segundo Gonçalves (2006), a responsabilidade civil tem uma importante função de reequilíbrio social, pois obriga o causador do dano a arcar com as consequências do seu ato, restituindo ou compensando a vítima. Logo, esse equilíbrio jurídico-econômico é restabelecido fixando-se uma indenização proporcional ao dano experimentado pela vítima, ou recolocando-a na mesma situação anterior à lesão.

Sob esse aspecto, Pinto (2009, p. 17) ressalta que: “A responsabilidade civil possui três principais sentidos: o compensatório, que visa a reparação do dano; o pedagógico, que visa educar e inibir a reincidência dos atos lesivos, e punitivo, objetivando impor uma sanção ao agente da conduta lesiva.”

Da análise desses conceitos doutrinários, conclui-se que a responsabilidade civil é a obrigação de reparar um dano causado a outrem, decorrente da prática de um ato ilícito, reproduzindo, assim, um mecanismo de desmotivação social na medida em que, ao tempo que pune o ofensor, também proporciona um sentimento de satisfação à vítima.

O Código Civil de 2002 (arts. 186 e 187), comparado ao de 1916, trouxe uma importante alteração em relação aos alicerces da responsabilidade civil, “consagrando a teoria do abuso de direito como ato ilícito.” (TARTUCE, 2010, p. 322-323). Grifa-se que a codificação anterior amparava a responsabilidade somente no ato ilícito.

Tartuce (2010, p. 323) explica que essa alteração ampliou a noção de ato ilícito, para considerar:

Como precursor da responsabilidade civil aquele ato praticado em exercício irregular de direitos, ou seja, o ato é originalmente lícito, mas foi exercido fora dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé objetiva ou pelos bons costumes.

A partir daí, Cavalieri Filho (2010, p. 10) explica que o ato ilícito assume na atual legislação civil um aspecto dicotômico, ou seja, soma abuso de direitos e danos, de tal forma que pode ser analisado em dois sentidos:

Em sentido estrito, o ato ilícito é o conjunto de pressupostos da responsabilidade – ou, se preferirmos, da obrigação de indenizar. Na verdade, a responsabilidade civil é um fenômeno complexo, oriundo de requisitos diversos intimamente unidos; [...] Na responsabilidade subjetiva, como veremos, serão necessários, além da conduta ilícita, a culpa, o dano e o nexa causal. Esse é o sentido do art. 186 do código Civil. [...] Já na responsabilidade objetiva a culpa não integra os pressupostos necessários para sua configuração.

Em sentido amplo, o ato ilícito indica apenas a ilicitude do ato, a conduta humana antijurídica, contrária ao Direito, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico.

Vale destacar, também, que o abuso do direito configurado como ato ilícito no artigo 187 pode existir independentemente do dano e da culpa, o que o diferencia do conceito estrito contido no artigo 186. Isso, porque, a ilicitude contida naquele dispositivo baseia-se numa visão objetiva, nos limites da boa-fé e nos bons costumes (CAVALIERI FILHO, 2010).

Assim, em que pese a responsabilidade civil brasileira ter se mantido fiel à teoria subjetiva, conservando a culpa *lato sensu* como elemento do dever de reparação, o legislador incorporou os casos especiais em que deve ocorrer a obrigação de indenizar, sem estar configurada a presença do citado pressuposto (GONÇALVES, 2006).

Por derradeiro, considerando ser o ato ilícito “o conjunto de pressupostos da responsabilidade”, ressalta-se que na responsabilidade subjetiva a culpa se apresenta como um desses pressupostos, ao passo que, na responsabilidade objetiva bastará a violação de um dever jurídico preexistente por conduta voluntária (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 12).

Alguns doutrinadores acreditam que a culpa do responsável consiste em não haver exercido como deveria o dever de vigiar e fiscalizar, ou ainda, de não haver retirado do serviço ou de não haver aceitado quem não podia exercer com toda correção o encargo de vigília/tutela.

Para o fortalecimento dessa ideia, contribuem as afirmações de Dimenstein, em sua obra “O cidadão de papel”, o qual descreve no segundo capítulo que determinados acontecimentos na sociedade são reflexos de uma falha na estrutura familiar. Como assegura na seguinte citação: “A falta de educação para crianças e jovens, pode ter decorrências graves e afetar toda a sociedade, inclusive você.” (DIMENSTEIN, 2009, p. 27).

Amplia-se o debate, conforme aduz Reis Filho (2016), ao ter contato com os temas expostos por Zygmunt Bauman em sua obra “Amor Líquido”, cujo escopo é demonstrar temas que envolvem o relacionamento nos dias atuais influenciando na vida dos cidadãos e dos novos seres que estão sendo gerados, os futuros participantes desta sociedade. Nota-se mais profundamente sobre o tema em estudo, ao deparar-se com o capítulo segundo da obra supracitada, onde o autor descreve a existência de uma relação capitalista nos relacionamentos, até mesmo no desejo de gerar filhos, vistos estes, meramente como objetos de consumo. É notório esse pensamento quando se depara com a seguinte citação:

Esta é uma época em que o filho é, acima de tudo, um objeto de consumo emocional, Objetos de consumo servem a necessidades, desejos ou impulsos do consumidor. Assim também os filhos. Eles não são desejados pelas alegrias do prazer paternal ou maternal que se espera que proporcionem – alegrias de uma espécie que nenhum objeto de consumo, por mais engenhoso e sofisticado que seja, pode proporcionar. (BAUMAN, 2004, p. 59).

Ainda segundo Nejm (2017), a fim de evitar que o menor sofra qualquer tipo de dano frente à internet, o essencial é que seja dosado o uso de todos os tipos de tecnologias. Para ele, os pais e/ou responsáveis devem

limitar o máximo o contato de crianças de até 4 (quatro) anos de idade com a internet e qualquer produto eletrônico. Aos mais velhos, o ideal é dosar o uso e impor limites, além de, principalmente, monitorar e acompanhar todo e qualquer conteúdo acessado.

Faz-se necessário salientar constantemente a periculosidade do menor no mundo virtual sem qualquer supervisão. É sabido que na atualidade é difícil ou, quase impossível, mantê-lo longe destas ferramentas. Entretanto, é de total responsabilidade dos responsáveis legais, a qualquer tempo, policiá-lo e supervisioná-lo, a fim de prevenir todo e qualquer tipo de dano ao menor no mundo virtual.

7 CONCLUSÃO

A sociedade digital vem transformando consideravelmente a forma como as pessoas agem e, principalmente, a forma como se relacionam. Qualquer indivíduo tem o poder de estar conectado a qualquer momento e em qualquer lugar, tendo a oportunidade de se expressar e de gerar conteúdo. Entretanto, se não utilizada da maneira correta, a internet pode se tornar improdutiva e imprópria.

Tem se tornado cada vez mais comum nas famílias da atualidade o uso indevido da internet e seus meios de comunicação, principalmente por jovens e crianças, que têm acesso cada vez mais cedo aos produtos tecnológicos, que são inclusive, fornecidos pelos próprios responsáveis legais.

Esta nova geração de crianças e jovens nascidos e criados com mimos tecnológicos, precisa de atenção e cuidado redobrado, visto que, impulsionados pela insegurança do mundo real, passaram a levar uma vida baseada nas ilusões do mundo virtual, apenas com interações com amigos de redes sociais.

É de total responsabilidade dos pais e/ou responsáveis pelo Poder Familiar prestar a devida educação e, principalmente, acompanhamento

do conteúdo que o menor tem acesso na web. Além disso, crianças e jovens devem ser orientados quanto ao uso da tecnologia, sendo dever dos pais ensiná-los a ter uma visão crítica sobre os conteúdos da internet, sendo o diálogo, fundamental neste processo.

Ainda, os detentores do Poder Familiar podem e devem fazer o uso de software de controle parental, com o objetivo de monitorar e ensinar o uso e a maneira correta de estar na internet, ensinando ao menor a ter discernimento para a utilização do mundo virtual, tendo assim, a oportunidade de reduzir e evitar possíveis danos que o menor possa vir a sofrer,

Neste norte, com base nas citações anteriores, pode-se afirmar que, além do Estado e da sociedade em geral, é dever da família proporcionar ao menor os meios necessários para um desenvolvimento saudável, cabendo assim, aos detentores do Poder Familiar resguardar os interesses fundamentais do menor, como a vida, saúde, educação, alimentação lazer e dignidade, além de mantê-los a salvo de qualquer forma de negligência e principalmente, dos malefícios do mundo virtual, como exploração, violência, crueldade e pressão.

Ainda, é dever dos pais e responsáveis acompanhar o que o menor faz na internet, haja vista que, quando há algo de errado, a própria criança acaba dando alguns sinais, como por exemplo, quando percebe que algum adulto se aproxima, desliga o computador ou muda de tela, no intuito de esconder suas atitudes no meio virtual, estando assim, completamente suscetível a conteúdos inapropriados e, principalmente, pessoas mal-intencionadas.

Entretanto, mesmo tendo conhecimento, tecnicamente, das suas obrigações como responsáveis pela tutela do menor, na prática, muitas vezes, os pais acabam negligenciando completamente a vida virtual dos filhos, fazendo com que estes estejam expostos a todo e qualquer tipo de perigo da web.

Assim, caso seja verificado que, no caso em concreto, o dano sofrido pelo menor ocasionado por um crime virtual poderia ter sido evitado caso os detentores do Poder Familiar estivessem presentes e atentos, estes podem ser responsabilizados civilmente pelo ocorrido.

Isso não quer dizer que o criminoso deixará de ser punido, até porque se tratam de âmbitos distintos do Direito. Mas sim, que, embora os responsáveis pelo menor não tenham o desejo de que este sofra algum dano perante o meio virtual, foram negligentes e omissos quando deveriam estar presentes, participando assim, de forma indireta, no prejuízo sofrido pelo menor.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Z. *Amor Líquido: Sobre a fragilidade dos laços humanos*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BITTAR, C. A. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BONFIM, V. C. *Responsabilidade civil por abandono afetivo paterno-filial*. 2008. 86 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2008.

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 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 3 de abr. 2019.

BRASIL. Lei. n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 2 abr. 2019.

BRASIL. Lei. n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 3 de abr. 2019.

CAVALIERI FILHO, S. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CRIANÇAS E ADOLESCENTES SÃO AS PRINCIPAIS VÍTIMAS DE CRIMES CIBERNÉTICOS. *Agência Jovem de Notícias*, São Paulo, 18 maio 2017. Disponível em: <https://www.agenciajovem.org/wp/criancas-e-adolescentes-sao-as-principais-vitimas-de-crimes-ciberneticos/>. Acesso em: 20 abr. 2019.

41% DAS CRIANÇAS DE 6 ANOS ACESSAM A INTERNET SEM SUPERVISÃO DE ADULTOS. *Crescer*, Rio de Janeiro, 20 fev. 2017. Disponível em: <https://revistacrescer.globo.com/Curiosidades/noticia/2017/02/41-das-criancas-de-6-anos-acessam-internet-sem-supervisao-de-adultos.html>. Acesso em: 20 mar. 2019.

DIMENSTEIN, G. *O cidadão de papel: a infância a adolescência e os Direitos humanos no Brasil*. 16. ed. São Paulo: Ática, 1994.

DUNCK, G. C. dos S.; BARBOSA, P. R. Crimes cometidos na internet contra a criança e o adolescente. *Direito Contemporâneo*, ano 3, n. 4, jul. 2014. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/psicologia/article/view/5778/4214>. Acesso em: 20 jun. 2019.

EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/institucional/>. Acesso em: 20 jun. 2019.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. *Novo Curso de Direito Civil: direito de família – as famílias em perspectiva constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. *Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GODINHO, L. da S. A responsabilidade civil dos pais no abandono afetivo dos filhos. *Monografias Brasil Escola*, 2014. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-responsabilidade-civil-dos-pais-no-abandono-afetivo-dos-filhos.htm>. Acesso em: 20 jun. 2019.

GONÇALVES, C. R. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRONAKA, G. M. F. N. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

IBGE. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/>. Acesso em: 20 jun. 2019a.

IBGE. *Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/educacao/9134-pesquisa-nacional-de-saude-do-escolar.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 20 jun. 2019b.

INTERNET MATTERS. *Helping parents keep their children safe on-line*. Disponível em: <https://www.internetmatters.org/>. Acesso em: 23 abr. 2019.

KOHN, K.; MORAES, C. H. de. O impacto das novas tecnologias na sociedade: conceitos e características da Sociedade da Informação e da Sociedade Digital. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 30., 2007, Santos. *Anais [...]*. Santos: Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, 2007. Disponível em: <https://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2007/resumos/R1533-1.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.

LIMA, P. M. F. *Crimes de Computador e Segurança Computacional*. Campinas: Millennium, 2005.

PAIS DEVEM FICAR ATENTOS AOS QUE FILHOS FAZEM NA INTERNET, DIZ ESPECIALISTA. *Empresa Brasileira de Comunicação*, Rio de Janeiro, 2 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/infantil/para-pais/2015/07/pais-devem-ficar-atentos-ao-que-filhos-fazem-na-internet-diz-especialista>>. Acesso em: 23 de abr. 2019.

PINHEIRO, P. P. Abandono digital. In: PINHEIRO, P. P. (coord.). *Direito Digital Aplicado 2.0*. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters: Revista dos Tribunais, 2016.

PINTO, H. C. *A Responsabilidade civil por abandono afetivo parental*. 2009. 82 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Escola da Magistratura do Estado do Paraná, Curitiba, 2009.

REIS FILHO, E. M. Responsabilidade civil dos pais pelos filhos menores. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, DF, 11 fev. 2016. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55175&seo=1>. Acesso em: 22 jun. 2019.

RELACIONAMENTO FAMILIAR: A INTERNET APROXIMA OU DISTANCIA AS PESSOAS QUE ESTÃO NA NOSSA CASA? *Portal Boa Vontade*, Belo Horizonte, 22 set. 2016. Disponível em: <https://www.boavontade.com/pt/tecnologia/relacionamento-familiar-internet-aproxima-ou-distancia-pessoas-que-estao-na-nossa-casa>. Acesso em: 20 jun. 2019.

SAFERNET. Disponível em: <https://www.safernet.org.br/site/institucional>. Acesso em: 20 jun. 2019.

SANTOS, U. Responsabilidade civil de pais separados. *Âmbito Jurídico*, São Paulo, 31 ago. 2008. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=338. Acesso em: 22 jun. 2019.

SIGNIFICADOS. *Significado de Web*. Disponível em: <https://www.significados.com.br/web/>. Acesso em: 20 out. 2019.

TARTUCE, F. *Direito Civil. Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Método, 2010.

CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: RISCOS DA CONDENAÇÃO VALENDO-SE DA PALAVRA DA VÍTIMA COMO INSTRUMENTO ISOLADO DE PROVA NO PROCESSO PENAL

Gabriela Alves de Lima¹
Rafaella Zanatta Caon Kravetz²

Resumo: O presente artigo faz parte do projeto de pesquisa “Crimes contra a dignidade sexual: riscos da condenação baseando-se exclusivamente na palavra da vítima. Tal projeto utilizou o método de abordagem dedutivo e o método procedimental de pesquisa é a bibliográfica. O problema de pesquisa refere-se ao valor probatório da palavra da vítima nos crimes lesivos à integridade sexual da pessoa humana. Nesses delitos, em via de regra, as provas da autoria e materialidade são escassas, ressaltando o magistrado de elementos mínimos para formalizar a culpa do acusado, atribuindo à palavra da vítima, portanto, especial atenção, uma vez que, em inúmeros casos, é o único meio de “comprovar” a ocorrência ilícita. O estudo está estruturado em dois capítulos, inicialmente estudar-se-á dignidade sexual como bem jurídico tutelado pelo Estado, assim como o surgimento destes delitos no ordenamento jurídico brasileiro e os aspectos formais para tipificá-los. O segundo capítulo analisa a prova no processo penal com enfoque nos meios de obtenção de prova nos crimes contra a dignidade sexual, além da credibilidade da palavra da vítima diante da contradição do depoimento da acusação vs defesa e, ao final, julgados do Superior Tribunal de Justiça e de outros Tribunais Estaduais. O trabalho concluiu que a fim de garantir uma aplicação e proteção eficaz do bem jurídico tutelado, a palavra da vítima deve ganhar escopo relevante para comprovação do ilícito penal, uma vez angariada a outros elementos satisfatórios no processo, permitindo a jurisdição do Estado, o que vai ao encontro de entendimentos formulados por Tribunais Estaduais do Brasil.

Palavras-chave: Crimes sexuais. Palavra da vítima. Prova no processo penal.

¹ Graduanda no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; gabialvesdelima@hotmail.com

² Mestra em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; rafaella.caon@unoesc.edu.br

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa trata dos crimes contra a dignidade sexual: riscos da condenação valendo-se da palavra da vítima como instrumento isolado de prova no processo penal.

Vale ressaltar que é na fase instrutória do processo onde se construirão as provas que evidenciarão a prática delitiva, na qual a função fundamental visa alcançar uma efetiva prestação jurisdicional, sendo imprescindível nesta fase que o operador do direito utilize-se de diversos métodos válidos, necessários e adequados para a concretização da tutela pleiteada e, conseqüentemente, formule a convicção do julgador.

Os crimes contra a dignidade sexual, entretanto, em sua maioria, são cometidos na clandestinidade, quando a vítima não tem como se defender ou pedir socorro e, se não denunciados logo, as provas da materialidade e autoria delitiva resumem-se apenas no relato da vítima, a qual, além da violação física que sofre, pode desenvolver diversos distúrbios psicológicos, carregando para o resto da vida as conseqüências e marcas do crime.

Por isso, o desenvolvimento de tal pesquisa tem como objetivo analisar a condenação, utilizando-se do relato da vítima como único meio probatório de sustentação do crime, diante à ausência de testemunhas ou de provas materiais que comprovem a prática criminosa para que seja plausível a condenação do acusado.

A relevância jurídica do presente artigo é a exposição consistente na palavra da vítima em crimes contra a dignidade sexual, eis que esta ganha relevo especial nestes crimes, uma vez que, em não raros casos, figura-se como única prova para comprovação da materialidade e autoria delitiva.

Assim, é importante estudar o valor probatório construído pela palavra da vítima para comprovar a autoria e materialidade delitiva que ensejará uma condenação, haja vista que, por ser tratar de crime que fere

a integridade sexual, é, portanto, mais difícil que ocorra sob o entrever de testemunhas.

Neste viés, à palavra da vítima atribui-se grande destaque no processo penal mormente ao objeto jurídico tutelado em sede dos crimes tratados no presente artigo, sendo entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça que, uma vez angariada a outros elementos convectivos do processo, essa prova – palavra da vítima – mostra-se satisfatória para ensejar a condenação.

Para discorrer sobre o tema, será abordada a sexualidade como bem jurídico do direito penal, seu surgimento no ordenamento jurídico brasileiro e os aspectos formais para comprovação da materialidade, sendo que na sequência estudaremos as provas admitidas no processo penal, os meios de obtenção destas nos crimes contra a dignidade sexual e a credibilidade da palavra da vítima ante a contradição do depoimento da acusação *vs* defesa, sendo, por fim, analisados os entendimentos jurisprudenciais que ensejaram a condenação penal utilizando-se da palavra da vítima como único meio de prova.

2 A SEXUALIDADE COMO BEM JURÍDICO DO DIREITO PENAL

Dignidade é uma qualidade intrínseca do ser humano que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da sociedade, evitando qualquer ato com viés degradante e desumano, a fim de que lhe sejam garantidas condições mínimas existenciais para uma vida saudável e promover uma participação ativa e em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2009, p. 60).

A dignidade sexual é um bem jurídico, no qual, segundo dispõe Nucci (2014), “a ideia de bem significa algo interessante ao ser humano, apto a satisfazer de algum modo, sendo corpórea ou incorpórea. Os bens jurídicos são os objetos interesses tutelados pelo Direito”.

Em observância ao princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos, tem-se que a referida proteção pelo Direito Penal não pode ser ilimitada, razão pela qual foram estabelecidos limites para a atuação estatal:

[...] considerando-se que a sanção penal é o instrumento de controle social mais contundente com que conta o Estado, por força do princípio da proporcionalidade-necessidade (ou proibição de excesso) somente resultará justificada sua intervenção, dentro do Direito penal do *ius libertatis*, quando – em virtude do princípio da fragmentariedade – a) entrem em jogo “bens” muito relevantes para a convivência humana (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos) e (b) unicamente a partir do momento em que seja intolerável ataque; do outro lado – em razão do princípio da subsidiariedade –, desde que não exista outra forma de tutela mais adequada ou mais idônea. (GOMES, 2002, p. 51).

Assim, nos ensinamentos do magistério de Brodt (2011, p. 12):

[...] a alusão à “dignidade sexual” parece-nos, entretanto, também indevida. Se não se quer impor um determinado padrão de comportamento sexual, única postura compatível com a garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada prevista no art. 5º, X, da CF/1988, devemos reconhecer que o bem jurídico a reclamar a intervenção penal é a liberdade sexual, ou seja, a autodeterminação em matéria sexual. Pois somente o emprego da coação física, grave ameaça ou abuso da imaturidade ou déficit de desenvolvimento psicológico dos menores ou dos incapazes conduz a prática sexual ao campo dos comportamentos que estão a exigir repressão penal. Ademais, a própria expressão “dignidade da pessoa humana”, que estaria a dar suporte à “dignidade sexual”, apresenta conteúdo bastante controverso, o que pode acarretar sérios inconvenientes em matéria de segurança jurídica.

Imperioso faz-se destacar que são considerados bens jurídicos penais (BRODT, 2011):

[...] a vida, integridade física, dignidade sexual, patrimônio, honra, saúde individual e pública, liberdade individual, intimidade, vida privada, sigilo da correspondência, asilo domiciliar, propriedade imaterial, organização do trabalho, sentimento religioso, memória dos mortos, família, incolumidade da justiça, fé pública, administração pública, administração da justiça, finanças públicas, relações de consumo, meio ambiente, ordem tributária, ordem econômica, dentre outros.

O atual Título VI do Código Penal (BRASIL, 1940) deixou de proteger a forma como as pessoas se comportam sexualmente, vindo a tutelar sua dignidade sexual, o qual possui decoro no princípio da dignidade da pessoa humana, resguardado pela Carta Magna (BRASIL, 1988).

Quando o Código Penal, em sua versão original datada em 1940, entrou em vigor, trazia no Título VI da Parte Especial os denominados “crimes contra os costumes”, os quais eram compreendidos como “os hábitos de vida sexual aprovados pela moral, prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adapta à conveniência e disciplina sociais.” (HUNGRIA, 1956, p. 103).

Somente após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual inseriu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos pilares do estado democrático de direito, a doutrina passou a criticar a opção do legislador em manter os “costumes” como bem jurídico protegido naquele título (CONEGUNDES, 2010, p. 113).

Após grande parte da doutrina proclamar por nova interpretação da expressão costumes, a fim de alcançar uma harmonia com a Carta Magna, houve o advento da Lei n. 12.015/2009, trazendo a alteração do bem jurídico do Título VI do Código Penal, deixando o título de ter a rubrica “dos crimes contra os costumes”, passando a ser denominado “dos crimes contra a dignidade sexual.” (BRASIL, 2009).

Percebeu-se, deste modo, que o legislador verificou que naqueles crimes o bem jurídico ferido não eram os costumes, mas sim a própria dignidade

da vítima, deixando, por isso, o título de tutelar a moral sexual ou um modelo de moralidade, para abarcar a dignidade da pessoa humana em seu sentido mais íntimo, isto é, a dignidade sexual (CONEGUNDES, 2010, p. 114).

2.1 O SURGIMENTO DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O histórico da imputação dos referidos crimes atualmente inseridos no título VI, do Código Penal Brasileiro de 1940, deu-se ainda na época do Brasil Colônia, vigente as Ordenações Filipinas, que começaram a vigorar em Portugal no ano de 1603, onde nestas, em seu livro V, título XXIII, previa-se o estupro voluntário de mulher virgem e estupro violento, que englobava as relações sexuais independentemente da qualidade da vítima (MESTIERI, 1982).

Segundo dispõe Mestieri (1982), apenava-se o primeiro levando-se em consideração a qualidade do agressor; se fosse este nobre, poderia casar-se com a vítima, caso a ofendida aceitasse e o acusado fosse de condição suficiente para tanto. Nos casos em que a vítima não aceitasse a casar-se com o réu, o julgador arbitraria uma determinada quantia para a formação do dote e, em casos onde o réu fosse pobre, sua pena seria açoitamento e exílio; já o segundo, a penalidade seria a morte do agressor.

Findado o período colonial, com o advento do Império, editou-se o Código Criminal do Império do Brasil, no ano de 1830, por meio da Lei de 16 de dezembro de 1830, tipificando diversos crimes no que tange à proteção da dignidade sexual das mulheres, haja vista que naquele momento não era possível aos homens a condição de vítima (BRASIL, 1830).

A consumação dos referidos crimes dava-se somente contra mulheres honestas, trazendo distinção da pena em relação às prostitutas, além de penas mais brandas ao agente que provocasse ofensa à alguma mulher para fim libidinoso àquele do estupro propriamente dito, conforme elencava o artigo 223 da Lei n. 16 de dezembro de 1830 (BRASIL, 1830).

O referido Código possibilitava ao autor da prática delitiva a isenção de pena nos crimes supramencionados, desde que o réu viesse a contrair matrimônio com a vítima, conforme estabelecia em seu artigo 225 da lei anteriormente citada (BRASIL,1830).

Posteriormente, com o surgimento do decreto nº 847 de 11 de novembro de 1890, manteve-se as tipificações já previstas no código anterior. Em razão do entendimento acerca do que era considerado estupro na época da vigência do decreto, manteve-se somente as mulheres como vítimas dos crimes, bem como a distinção entre a que era considerada honesta e a prostituta (BRASIL, 1890).

O Código editado em 1890, o qual ficou conhecido como *Consolidação de Piragibe*, em razão de caber ao desembargador Vicente Piragibe o encargo de editar leis extravagantes, por meio do decreto n. 22.213, de 14 de dezembro, que passariam a vigorar até o ano de 1940. Em suas modificações, trouxe a retirada da capacidade do réu em casar-se com a vítima para excluir sua punibilidade. Neste momento, entendia-se que dava-se o estupro quando o réu abusava da vítima com violência, seja esta física, mental ou química (BRASIL, 1890).

Com o surgimento do Código Penal, editado no ano de 1940, houve uma mudança significativa neste cenário. A começar pela extinção da diferenciação entre prostitutas e mulheres honestas, mantendo ainda como figura de vítima somente mulheres, tanto que o *caput* do artigo 213, à época, dava-se a consumação do delito após “constranger mulher a conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça.” (BRASIL, 1940).

No mesmo aspecto, o referido Código trouxe a previsão do crime de atentado violento ao pudor, que para sua consumação também seria necessário o constrangimento por meio do emprego de violência ou grave ameaça à vítima (BRASIL, 1940).

Transcorrido determinado lapso temporal, por meio da Lei n. 10.224/01, fora incluído ao Código Penal o crime de assédio, “não sabendo-se

qual é o constrangimento a ser exercido pelo agente, se físico ou moral, direto ou indireto, por gestos ou palavras.” (NUCCI, 2014, p. 103).

No ano de 2009, com a sanção da lei nº 12.015, inúmeras alterações foram adaptadas ao Código Penal no que tange aos crimes contra a dignidade sexual. O crime de estupro e atentado violento ao pudor foram unificados, e ainda trouxe a previsão de crime próprio quando cometido contra menores de quatorze anos, dito como estupro de vulnerável, crimes de satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração de criança ou adolescente ou de vulnerável, e tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual (BRASIL, 2009).

Por fim, a Lei n. 13.718, editada em 24 de setembro de 2018, tipificou os crimes de importunação sexual, divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia, no que tange à ação penal dos crimes dispostos nos capítulos I e II, que antes eram processados por ação penal pública condicionada à representação, passando a ser sempre pública incondicionada, estupro coletivo e estupro corretivo, gravidez, doença sexualmente transmissível e vítima idosa ou deficiente e irrelevância do consentimento da experiência sexual do vulnerável (BRASIL, 2018).

2.2 ASPECTOS FORMAIS PARA TIPIIFICAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

A ocorrência da prática delitiva dos crimes contra a dignidade sexual, como já salientado, em sua maior porção, acontece na ausência de testemunhas. Nestes delitos, em via de regra, as provas da autoria e materialidade são escassas, onde o magistrado ressalva-se de elementos mínimos para formalizar a culpa do acusado, vindo a palavra da vítima ganhar especial atenção, uma vez que, em inúmeros casos, é o único meio de comprovar o ato criminoso.

Frisa-se que a fase instrutória do processo, na qual se constroem as provas que evidenciarão a prática delitiva, é função fundamental a fim de se alcançar uma efetiva prestação jurisdicional, sendo imprescindível nesta fase que o operador do direito utilize-se de diversos métodos válidos, necessários e adequados para a concretização da tutela pleiteada e, conseqüentemente, formule a convicção do julgador.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina possui entendimento firme de que, nos delitos contra a liberdade sexual, normalmente praticado às escondidas, a palavra da vítima, desde que harmônica com as demais provas angariadas ao processo, é suficiente para embasar decreto condenatório (SANTA CATARINA, 2016).

O posicionamento adotado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina vai ao encontro do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o qual preceitua que, tratando-se de crimes sexuais, o testemunho da vítima tem valor de prova suficiente para a condenação do agressor, entendendo que “a ausência de laudo pericial não afasta a caracterização de estupro, porquanto a palavra da vítima tem validade probante, em particular nessa forma clandestina de delito, por meio do qual não se verificam, com facilidade, testemunhas ou vestígios.” (BRASIL, 2012).

Ressalta-se que o combate a todos os tipos de violência sexual vem tomando maiores proporções no cenário jurídico atual, como é o caso da Lei n. 13.718, de 2018, a qual tipificou condutas e inseriu majorantes em diversos crimes praticados neste cenário (BRASIL, 2018).

Evidentemente, discorre Greco Filho (2013, p. 228) que:

Para que o sujeito que praticou o crime contra a dignidade sexual seja condenado, é indispensável a comprovação da autoria e materialidade do delito, para que assim o magistrado possa avaliar as provas e julgar a ação procedente ou improcedente, aplicando-se o direito ao caso concreto.

Se estivermos diante de um crime sexual onde haja conjução carnal, há a necessidade, mediante previsão do artigo 158 do Código de Processo Penal, da realização do exame de corpo de delito. No entanto, existem outros casos nos quais a realização do referido exame é desnecessária, em razão de muitos deles não deixarem vestígios materiais (NUCCI, 2014).

Por exame de corpo de delito, entende Avena (2009) se tratar de perícia destinada à comprovação da materialidade da infração que deixa vestígio. Tal conceituação decorre da exegese do art. 158 do Código de Processo Penal, dispondo que “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado, como acima mencionado (BRASIL, 1941).

Em contrapartida, o artigo 167 do Código de Processo Penal traz uma ressalva quanto à indispensabilidade do exame pericial. Em não sendo possível o exame de corpo de delito por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta (BRASIL, 1941).

Em que pese o Código de Processo Penal apresentar um rol taxativo de provas, estas não se delimitam apenas no que estabelece a lei, vislumbrando que neste ditame vigora o princípio da liberdade probatória, por meio do qual qualquer prova torna-se admissível, exceto quando proibida expressamente por lei (ARANHA, 2006). No que tange à prova processual, cumpre ressaltar que, no processo penal, o depoimento de testemunhas é o meio de prova mais utilizado, ficando os sujeitos processuais dependentes da memória das testemunhas e das vítimas (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 585).

Especificamente à prova testemunhal, preceitua o artigo 202 do Código de Processo Penal que toda pessoa poderá ser testemunha, a qual fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e que lhe for perguntado, nos moldes do artigo 203 do mesmo diploma legal (BRASIL, 1941).

3 DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A prova, dentro do direito processual, seja ele civil ou penal, é o ato pelo qual busca-se a verdade dos fatos a fim de instruir o julgador. Como muito bem destaca Lopes Júnior (2017), o processo penal e a prova integram os modos de construção do julgador, que influenciará sua convicção e legitimará, portanto, sua sentença.

Acerca do conceito de prova, assim estabelece o doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 338):

[...] prova origina-se do latim *probatio* que, significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar *probare*, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar. (NUCCI, 2009, p. 338).

Como consabido, os conflitos são inerentes às relações humanas e, por isso, desde os primórdios das sociedades buscou-se diferentes meios para resolução destes, promovendo a investigação e penalização de culpados com os fundamentos mais diversos.

No intuito de obter-se a verdade real, ou aproximar-se ao máximo disso, destaca Lopes Júnior (2012) que a obtenção de provas valida-se como instrumento de retrospectiva para reconstrução máxima de determinado fato, destinada a instruir o julgador a fim de proporcionar-lhe uma maior visão da realidade fática por intermédio da reconstrução histórica.

Provar é estabelecer a existência da verdade, sendo as provas os meios pelos quais se procura estabelecê-la, demonstrando a certeza do que se diz ou alega. Tratando a prova de elemento produzido pelas partes, ou pelo próprio magistrado, objetivando com isso demonstrar a existência de certos fatos dentro do processo (TOURINHO FILHO, 2008).

Frisa-se que, conforme relata Estefam (2012), a pena é um instituto jurídico e, como tal, é de parâmetro político social. O exame da finalidade da pena relaciona-se com a função do Direito Penal, visto que indagar a questão do por que punir, o que é a pena, ou o que se entende por pena justa, é debruçar-se sobre a finalidade do Direito Penal.

Ressalta-se, para tanto, que:

A pena é um mecanismo necessário para transmitir a todos uma mensagem, sem a qual a sociedade não funcionaria corretamente. Entretanto, esta informação só será transmitida, insista-se, se a lei for efetivamente aplicada, observando-se as garantias e deveres do réu e acusado. (ESTEFAM, 2012, p. 322).

3.1 MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

No âmbito do direito processual penal, as provas geralmente são produzidas durante a fase judicial, onde se encontra resguardo da permissão à manifestação pela parte contrária, a fim de garantir o princípio do contraditório, da ampla defesa e de ser julgado de acordo com as provas produzidas perante um juiz competente.

O Código de Processo Penal é expresso ao segurar a garantia dos princípios do contraditório e da ampla defesa ao acusado, afirmando que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos formativos colhidos na investigação, conforme preceituado em seu artigo 155 (BRASIL, 1941).

Um dos maiores princípios norteados do direito brasileiro, tanto na esfera penal quanto na civil, e que se aplica diretamente às provas, é o princípio do contraditório, o qual segundo Avena (2017, p. 433) “significa

que toda prova realizada por uma das partes admite a produção de uma contraprova pela outra.”

Isso significa dizer que, tudo o que uma das partes alegar, a outra pode apresentar defesa ou uma contradita ao que fora alegado. Esse princípio evita o processo penal de tomar forma de uma inquisição, onde apenas uma parte faria alegações sem que a outra pudesse defender.

A resguarda elencada no artigo 155 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) constitui o sistema do livre convencimento motivado, também conhecido como sistema da persuasão racional ou sistema de apreciação fundamentada, o qual é adotado pelo Brasil, mediante a expressa do artigo supramencionado.

Nesse sentido, Távora e Alencar (2010, p. 369) elencam que:

[...] essa liberdade, por sua vez, não é sinônimo de arbítrio, cabendo ao magistrado, alinhado às provas trazidas aos autos, fundamentar a decisão, relevando, com amparo no manancial probatório, o porquê de seu convencimento, assegurando o direito das partes e o interesse social.

De tal maneira, atribui-se assim ao processo penal a transparência que lhe é cabível, visto que não se pode proferir decisões penais obscuras e sigilosas. As razões utilizadas pelo julgador devem ser conhecidas pelo acusado, sobretudo no processo penal, ante aos bens jurídicos tutelados nos processos criminais.

Mediante os ensinamentos de Machado (2012), habitualmente a palavra da vítima não possui o mesmo valor probatório de um depoimento testemunhal prestado em juízo sobre o compromisso de dizer a verdade sob pena de incursão em crime de falso testemunho, todavia, não se pode deixar de frisar que a versão da vítima, no que diz respeito à comprovação da autoria e materialidade delitiva, resguarda grande escopo para o esclarecimento fático e, não por acaso, possui proteção jurídica no artigo 201 do Código de Processo Penal, no título de provas (BRASIL, 1941).

Via de regra, a palavra da vítima tem valor probatório relativo (*juris tantum*), razão pela qual deve ser aceita com reservas. Entretanto, tratando-se de prática delitiva contra a integridade sexual, esta palavra se reveste de suma importância na medida em que normalmente o tipo penal é cometido às escuras, sem a presença de testemunhas.

Apesar de ser capaz de sustentar um édito condenatório, a palavra da vítima deve ser vista com ressalvas, haja vista que, sendo objeto material do crime, está levada por sentimentos humanos como raiva, ódio ou paixão, visando narrar os fatos da forma que lhe convém. Sua palavra deve ser aceita com atenção, devendo, portanto, o magistrado compará-las com as demais provas, uma vez que a pessoa ofendida possui interesse no desfecho do processo (TOURINHO FILHO, 2013).

Nestes crimes a vítima nem sempre se apresenta com a imparcialidade devida e há grandes possibilidade de a vítima ter procurado o agente de forma espontânea, com interesses nele, diferentemente do crime de furto, por exemplo, que na maioria das vezes não houve a procura do agente por parte da pessoa ofendida. Logo, a imparcialidade da vítima se torna ainda mais difícil de ser detectada (NUCCI, 2014).

Portanto, como destaca Pedroso (2005), a sentença condenatória requer a certeza da existência de um crime e de ser o acusado seu autor. Em caso de ínfima dúvida a respeito da autoria ou materialidade delitiva, insurge a possibilidade de inocência do réu, por incidência do princípio do direito processual penal do *in dubio pro reo*. Caso contrário, a justiça não seria justa, visto que nessas circunstâncias um édito condenatório, operando com uma margem de risco, mesmo que ínfama, é passível de condenar quem seja inocente.

Conforme já exposto, os crimes sexuais não podem ser analisados como os demais em se tratando de obtenção e prova, na medida em que estes, normalmente, são praticados “clandestinamente”, ou seja, sua prática dar-se-á tão somente na presença do acusado e da respectiva vítima.

Consabido que o ato de tocar as partes íntimas da vítima, considerado libidinoso, não deixa vestígios constatáveis pericialmente, de igual maneira a prática de conjunção carnal com vítima não virgem ou com hímen complacente, aquele que, pela elasticidade de sua membrana e amplitude de seu óstio, permite a conjunção carnal sem se romper (BENFICA; VAZ, 2008).

Neste sentido, elenca Nucci (2014) que o entendimento jurisprudencial faz menção que a ausência de laudo pericial conclusivo não afasta a caracterização de estupro, porquanto a palavra da vítima tem validade probante, em particular nessa forma clandestina de delito, por meio do qual não se verificam, com facilidade, testemunhas ou vestígios (BRASIL, 2012).

Assim, a “aceitação isolada da palavra da vítima, pode ser tão perigosa, em função da certeza exigida para a condenação, quanto uma confissão do réu (NUCCI, 2010, p. 915).

3.2 A CREDIBILIDADE DA PALAVRA DA VÍTIMA DIANTE DA CONTRADIÇÃO DO DEPOIMENTO ACUSAÇÃO VS DEFESA

Consabido é que, para a comprovação da materialidade delitiva em crimes contra a dignidade sexual, é preciso que o ato tenha se realizado contra a vontade da vítima, sendo que para sua comprovação existem duas possibilidades: por meio da conjunção carnal ou pela realização de atos libidinosos. Caracteriza-se a conjunção carnal tanto a cópula entre o pênis e vagina quanto outras formas de coito e toques, como por exemplo, o beijo lascivo (NUCCI, 2014).

Sabe-se que a prova pericial nos delitos contra a dignidade sexual torna-se indispensável, partindo-se do pressuposto que a sentença deve pregar-se de forma justa e congruente, uma vez que seja qual for a prova pericial introduzida em juízo, esta possui efeito no meio jurídico por meio do Estado de Direito, e que determina normas a serem seguidas (MANOEL; MORENO, 2009).

Todavia, como destaca Mirabete (2010), em alguns dos crimes tipificados, como estupro, por exemplo, não há o que se falar em vestígio, uma vez que fora levado ao conhecimento da autoridade dias após o cometimento do crime de estupro, que dependendo do seu tipo de natureza, não sobram elementos a serem analisados.

Além da prova pericial, é possível a obtenção da prova por meio de testemunhas, as quais concebem um dos meios de provas mais utilizados durante processos criminais, sendo necessariamente um depoimento realizado por um terceiro, o qual presenciou ou que possui conhecimento com relação a um determinado fato que leve à compreensão de um delito e, se possível, a sua autoria (CAPEZ, 2017).

Ademais, a prova testemunhal possui valor inigualável, resguardada, nos casos em que não é possível o exame de corpo de delito, por não haverem vestígios, supre-se a falta, conforme elenca o artigo 167, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Em uma linha geral, “as infrações penais somente poderão ser provadas em juízo por pessoas que assistiram ao fato ou dela tiveram conhecimento, tornando assim a prova testemunhal como uma necessidade.” (TOURINHO FILHO, 1999, p. 315).

Nos ensinamentos de Araújo (2017), na grande maioria dos crimes contra a dignidade sexual, o poder judiciário depara-se com grandes problemas, baseado em uma análise de dados subjetivos, que não constituem concretamente ao acontecimento real, isto porque, nos casos em que a vítima está decidida a entregar o agressor, sua palavra poderá estar contrafeita, considerando-se que esta está envolvida diretamente com a situação.

Os princípios processuais penais do contraditório e ampla defesa são essenciais dentro do sistema processual brasileiro, assegurados, ainda, constitucionalmente, no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

Neste sentido, para Lopes Júnior (2009, p. 198), “temos que a gestão da prova deve estar nas mãos das partes, assegurando-se que o juiz não terá iniciativa probatória, deve manter-se supra-partes e preservar a sua imparcialidade.”

3.3 CONDENAÇÃO PENAL ENSEJADA PELA PALAVRA DA VÍTIMA COMO ÚNICA PROVA DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA

A palavra da vítima é elemento de convicção para justificar o ensejo de uma condenação, no entanto, deve estar coadunada por demais provas existentes nos autos, posto que o julgador necessita avaliar no fato concreto a probabilidade da narrativa dos fatos, sua ligação e a concordância com o referido conjunto probatório levado ao processo (FELLIPE, 2018).

Em diversos casos, o poder judiciário encontra grande impasse ao proceder a instrução processual, pois podendo fundar-se apenas em fatos subjetivos não poderá chegar ao que verdadeiramente ocorreu. Neste aspecto, aduz Nucci (2010) que a aceitação isolada da palavra da vítima pode ser tão perigosa em função da certeza exigida para a condenação, quanto uma confissão do réu, e em razão do princípio *in dubio pro reu*, na dúvida, absolve-se.

Não raro, a materialidade do delito sexual não consegue ser devidamente demonstrada, visto que grande parte destes crimes não deixam vestígio, seja pelo decurso do tempo, por peculiaridades pessoais e físicas da vítima, ou pela própria característica do abuso realizado.

Como destacam Benfica e Vaz (2008), a título de exemplificação, o ato de tocar as partes íntimas da vítima, considerado libidinoso, não deixa vestígios constatáveis pericialmente, assim como a prática de conjunção canal com vítima não virgem ou com hímen complacente, aquele que, pela elasticidade de sua membrana e amplitude de seu óstio, permite a conjunção carnal sem se romper, caso decorrido certo período de tempo, não será possível a constatação por pericial.

Neste sentido, entende-se que:

A ausência de laudo pericial conclusivo não afasta a caracterização de estupro, porquanto a palavra da vítima tem validade probante, em particular nessa forma clandestina de delito, por meio do qual não se verificam, com facilidade, testemunhas ou vestígios. (MATO GROSSO, 2014).

De igual modo, o Egrégio Tribunal do Estado de Santa Catarina também já possui entendimento no sentido de que “a palavra da vítima, revelada em juízo através dos relatos uníssonos da mãe, da avó e de psicólogas, é suficiente para comprovar a materialidade e a autoria delitiva.” (SANTA CATARINA, 2018).

Ainda, o mesmo Tribunal é pacífico ao entender que:

A palavra da vítima, nos crimes sexuais, geralmente cometidos na clandestinidade, assume fundamental importância a elucidação dos fatos e é capaz de embasar a sentença condenatória quando em consonância com as demais provas nos autos. Compete à defesa desconstituir o conjunto probatório produzido pela acusação, que evidencia a prática do crime de estupro de vulnerável, consoante parte inicial do art. 156 do Código de Processo Penal. (SANTA CATARINA, 2016).

É importante destacar que os atos libidinosos, diferentemente da conjunção carnal, via de regra, não deixam vestígios e, consoante a isso, o Superior Tribunal de Justiça (2014) formulou entendimento de que:

Não há que se falar em ausência de lesividade à vítima pelo fato de o laudo de conjunção carnal haver concluído pela inexistência de lesões, visto que os atos libidinosos praticados não consistiram em conjunção carnal e, portanto, podem não ter deixado vestígios capazes de serem apurados mediante exame de corpo de delito.

Assim, mormente em se tratando de crime praticado de forma clandestina, ausente de testemunhas, torna-se difícil a prova da materialidade e da autoria, não sendo poucas as vezes em que há apenas a palavra da vítima contra a palavra do réu, de modo que, ao operador do direito, resta atribuir valoração diferenciada às declarações da vítima em delitos sexuais, havendo que se delimitar o grau de confiança a ser extraído da palavra da vítima em confronto com a declaração do acusado, no caso concreto (NUCCI, 2014).

4 CONCLUSÃO

O presente estudo concluiu que os crimes contra a dignidade sexual, inseridos no Título VI, da Lei n. 2.848/40, são considerados crimes “clandestinos”, uma vez que, na maioria dos casos, são praticados na ausência de testemunha.

Desta forma, delimitou-se o tema inicialmente à discussão acerca da condenação do acusado, valendo-se da palavra da vítima como único meio de obtenção probatória no processo.

O combate à violência sexual vem tomando maiores proporções dentro do nosso ordenamento jurídico. À exemplo disso, vemos a edição da Lei n. 13.718/18, a qual tipificou novas condutas e inseriu majorantes que enquadram-se na proteção à dignidade sexual da pessoa humana.

Ao iniciar o presente estudo, verificamos que é indispensável a comprovação da autoria e materialidade do crime para a condenação do acusado, encarregado o magistrado da avaliação das provas angariadas ao feito para julgar a ação procedente ou improcedente, aplicando-se o direito ao caso concreto.

Contudo, ao nos depararmos com crimes contra a dignidade sexual, há necessidade, mediante previsão expressa no artigo 158 do Código de Processo Penal, da realização do competente exame de corpo de delito para comprovação da materialidade delitiva.

No entanto, é corriqueiro nos depararmos com situações nas quais a realização do referido exame é “desnecessário”, em razão de muitos deles não deixarem vestígios materiais.

Consoante ao artigo 158 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), quando a infração deixar vestígios, a realização do exame de corpo de delito seria, portanto, indispensável para comprovar a materialidade delitiva, não podendo ser suprida, inclusive, pela confissão do acusado.

Em contrapartida ao supramencionado, em sendo o caso de desaparecimento dos vestígios criminalísticos, poder-se-á supri-lo pela prova testemunhal, em consonância ao artigo 167 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

É corriqueiro nos depararmos com situações onde a vítima é sexualmente abusada e a única prova da materialidade e autoria delitiva parte de sua palavra, em razão das circunstâncias que a cerca.

Assim sendo, o presente estudo concluiu que é na fase instrutória do processo onde se evidenciarão as provas para comprovação da prática delitiva, sendo imprescindível que o operador do direito nesta fase utilize-se dos mais diversos modos válidos e necessários, adequados para a concretização da tutela pleiteada e para formular a convicção do magistrado.

Portanto, para uma aplicação e proteção eficaz do bem jurídico tutelado pelo Estado nos crimes contra a dignidade sexual, a palavra da vítima deve ganhar escopo relevante para comprovação do ilícito penal, desde que angariada a outros elementos satisfatórios.

Por conseguinte, tal premissa vai ao encontro do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o qual enfatiza que nos crimes sexuais o testemunho da vítima possui valor de prova suficiente para ensejar a condenação do agressor, entendendo que a ausência do laudo pericial não afasta a caracterização destes crimes, porquanto a palavra da vítima tem validade probante necessária para configuração, em razão da particularidade

e clandestinidade delitiva, por meio do qual não se verificam, com facilidade, testemunhas ou vestígios.

REFERÊNCIAS

ARANHA, A. J. Q. T. de C. *Da Prova no Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARAÚJO, M. S. *A credibilidade da prova testemunhal: Análise objetiva no crime de Estupro de Vulnerável, art. 217-A, CP*. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

AVENA, N. P. *Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Método, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530979911/cfi/6/34!4/836@0:47.0->. Acesso em: 15 set. 2019.

AVENA, N. P. *Processo Penal: versão universitária*. São Paulo: Método, 2009.

BENFICA, F. S.; VAZ, M. *Medicina legal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

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

BRASIL. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. *Coleção das Leis do Império do Brasil*, Rio de Janeiro, 13 dez. 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. *Coleção das Leis do Império do Brasil*, Rio de Janeiro, 1830. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e o art. 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.718, de 24 de setembro de 2018. Altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 set. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial. *AgRg no AREsp n. 160961 PI 2012/0072682-1*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgamento em: 26 de junho de 2012. Brasília, DF, 6 ago. 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22173650/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-160961-pi-2012-0072682-1-stj>. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRODT, L. A. S. Dos crimes contra a dignidade sexual: a nova maquiagem da velha senhora. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, v. 13, p. 170, jul. 2011.

CAPEZ, F. *Curso de direito penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2.

CONEGUNDES, K. R. A nova sistemática dos crimes contra a dignidade sexual. *Revista do Curso de Direito*, Viçosa, v. 1, n. 3, p. 111-141, out. 2010.

ESTEFAM, A. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

FELLIPE, M. A palavra da vítima nos crimes de estupro de vulnerável. *Jus Brasil*, 2018. Disponível em: <https://markinhosfellipecom.br/artigos/513549366/a-palavra-da-vitima-nos-crimes-de-estupro-de-vulneravel>. Acesso em: 15 nov. 2018.

GOMES, L. F. *Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO FILHO, V. *Manual de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HUNGRIA, N. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 8.

LOPES JÚNIOR, A. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JÚNIOR, A. *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JÚNIOR, A. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MACHADO, A. A. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MANOEL, R. da C.; MORENO, F. *A prova pericial e sua repercussão no mundo jurídico*. São Paulo: Clube dos Autores, 2009.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. (6. Turma). Habeas Corpus n. 258943. Relator: Rogerio Schietti Cruz. *Jus Brasil*, Mato Grosso, 27 maio 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25102418/habeas-corpus-hc-258943-mt-2012-0236376-8-stj?ref=serp>. Acesso em: 15 nov. 2018.

MESTIERI, J. *Do delito de estupro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MIRABETE, F. J. *Manual de Direito Penal – Parte Especial*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NUCCI, G. de S. *Crimes contra a dignidade sexual*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, G. de S. *Manual de processo penal e execução penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEDROSO, F. A. *Prova Penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 0002586-32.2013.8.24.0027. Relator: Desembargador Carlos Alberto Civinski. *Jus Brasil*, 29 nov. 2016.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 0002294-56.2014.8.24.0045. Relatora: Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. *Jus Brasil*, Santa Catarina, 12 jul. 2018. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/605844853/apelacao-criminal-apr-22945620148240045-palhoca-0002294-5620148240045/inteiro-teor-605844910>. Acesso em: 15 nov. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação n. 0002563-83.2013.8.24.0028. Relator: Desembargador Roberto Lucas Pacheco. *Jus Brasil*, 19 maio 2016.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. *Curso de Direito Processual Penal*. 4. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010.

TOURINHO FILHO, F. da C. *Processo penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

TOURINHO FILHO, F. da C. *Processo Penal*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO DE MENOR

Vitor Lovato¹
Roni Edson Fabro²

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo a análise da responsabilidade civil do genitor e a possibilidade de indenização pelo abandono afetivo do filho menor sem que ocorra a monetização. Por meio de jurisprudências, doutrinas, artigos e da Constituição Federal de 1988, analisa-se sua aplicabilidade no caso concreto. Como hipótese de pesquisa, confirma-se a aplicabilidade do dano moral pelo abandono afetivo, cabendo uma prestação pecuniária. Utiliza-se o método dedutivo, baseado em premissas amplas. Como resultado, amparado em decisões de tribunais e na própria Constituição Federal, tem-se a confirmação do cabimento de prestação pecuniária para casos de abandono afetivo que resultem dano psíquico ao desenvolvimento da criança. Conclui-se que o Direito de Família vem sofrendo transformações ao longo do tempo; no seu início, o poder familiar era praticamente absoluto, mas com a constante evolução da sociedade e com a Constituição Federal de 1988, fez com que alguns princípios fossem garantidos, tais como a dignidade da pessoa humana, igualdade, proteção integral do menor, responsabilidade paterna e a convivência familiar, exigindo uma série de obrigações do genitor e garantindo o bem-estar e o desenvolvimento do menor, dentre tais obrigações, a de cuidar, conviver, manter contato, caracterizando uma relação de afeto. Muitas crianças sofrem com o abandono afetivo e não há dúvidas sobre os danos que são causados a elas, mas deve-se impor um limite a tudo isso.

Palavras-chave: Dano Moral. Responsabilidade Civil. Monetização.

¹ Graduando no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; vitorlovato000@hotmail.com

² Mestre em Relações Internacionais pela Universidade do Sul de Santa Catarina e em Direitos Fundamentais Cíveis pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Doutorando em Educação na Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; Professor no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; Advogado; roni.fabro@unoesc.edu.br

1 INTRODUÇÃO

Há décadas não se esperava que fosse possível associar os termos “dano moral” e “Direito de Família”, mas a Constituição Federal de 1988 trouxe novos princípios, dando uma nova ênfase à família, trazendo dignidade da pessoa humana, direito ao amor e afeto, resultando demandas, na maior parte, em relação a eventuais violações a dignidade humana, inclusive na esfera afetiva.

Busca-se neste trabalho discutir a possibilidade de responsabilização civil por danos morais decorrente de abandono afetivo nas relações entre pais e filhos e a possível ocorrência da monetização dessa demanda. Analisa-se a controvérsia trazendo à esfera jurídica e psicológica, explicitando os obstáculos para uma possível condenação de natureza indenizatória.

A curiosidade por este tema partiu do pressuposto da sua grande relevância social, visto que se trata de uma situação cotidiana, não tão somente na relação de pai e filho, mas do filho com o pai, do marido com a esposa, entre outras várias situações.

Os danos causados a crianças são muitos, sendo a reparação pecuniária uma forma de compensação e preenchimento pelo vazio causado pela ausência de afeto e carinho parental, mas o dano afeta principalmente o desenvolvimento psicológico necessário para a formação de sua personalidade, sendo, portanto, irreparável.

Inicialmente, verifica-se a evolução do poder familiar, a repersonalização da família brasileira e o seu redirecionamento para o afeto. Aborda-se o princípio da afetividade nas relações familiares e o afeto como novo valor jurídico.

Quanto à estrutura, este artigo está organizado em três tópicos. O primeiro tópico define o abandono afetivo e trata das incumbências dos pais para com o filho, o direito ao afeto resguardado à criança, a evolução do Poder Familiar, a repersonalização da família brasileira e o seu redirecionamento

para o afeto. No segundo tópico discute-se a importância da convivência familiar para a criança e o adolescente, bem como as consequências negativas da sua ausência ou da dissolução do casal, os danos da constituição de uma nova família e as responsabilidades do genitor remanescente com os encargos da casa. Por fim, no último tópico, aborda-se o princípio da afetividade nas relações familiares e o afeto como valor jurídico, sendo dedicado aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, previstos constitucionalmente. Analisa-se a prevalência e a previsão legal do melhor interesse e proteção integral da criança, dando a possibilidade de ressarcimento pecuniário por suposto abandono afetivo nas relações paterno-filiais.

2 ABANDONO AFETIVO E SUA DEFINIÇÃO

Os problemas familiares sempre existiram e acompanham a evolução da sociedade. No entanto, chegou-se em um período que, com a democratização do acesso ao Poder Judiciário e da independência das mulheres, os problemas estão saindo do lar e indo parar nas varas judiciais. As lides mais presentes neste âmbito são questões relacionadas ao divórcio, pleito por reconhecimento de paternidade, alimentos e disputa pela guarda da criança.

Contudo, tem-se ajuizado casos relacionados ao abandono afetivo de menores, voltado ao reconhecimento da ausência de afeto e cuidado destes por parte do genitor, que acaba por se afastar da família. O artigo 2º³ do Estatuto da Criança e do Adolescente esclarece quem são os menores de idade correlacionados ao abandono afetivo.

No ordenamento jurídico brasileiro, é possível encontrar alguns diplomas legais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, a Constituição Federal – CF, e estudos que versam sobre a relação familiar. Com isso, tem-se a formação de um alicerce para a criação digna da criança, garantindo

³ Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. (BRASIL, 1990).

o direito a uma vida adulta moral, psicológica, mentalmente e fisicamente saudável, por meio das obrigações dos pais de educar e amar os filhos.

Apesar de ainda não existir uma norma que determine em que se constituem os laços afetivos, o estudo do comportamento familiar sistematiza as relações de afeto. Desta maneira, enquanto ficar configurado um dever aos genitores, se assume um papel de proteger a figura do filho seguindo esse dever. Nesse sentido, o Estado fica obrigado a garantir uma paternidade/maternidade responsável, instituindo um direito aos filhos de terem a companhia e amor dos pais. A afeição e o afeto são essenciais ao desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana. Além do mais, os laços de afeto concretizam a construção do relacionamento sadio entre os pais e filhos (CAMPELO, 2016).

A definição de abandono afetivo é uma criação basicamente doutrinária. Na sociedade atual, as relações familiares começaram a ser identificadas pelo vínculo de afetividade e não mais pela lei familiar imposta pelo poder familiar de tempos atrás. O princípio da afetividade acabou se tornando de grande relevância e fundamental para o âmbito do direito de família (PEDROSO, 2014).

Antes de compreender o significado de abandono afetivo, faz-se necessário entender o elemento essencial do qual se desdobra tal instituto, que seria o conceito de família. Com a instituição da Constituição Federal de 1988, aflorou uma nova determinação de valores, equiparando homem e mulher, realçando o afeto e tornando a dignidade da pessoa humana uma prioridade.

A família dispõe de proteção estatal, conforme artigo 226⁴ da Constituição Federal, sendo dever do Estado sua proteção. Para que isso ocorra, é necessário evidenciar o afeto nessas relações. Percebe-se, neste sentido, que a Carta Magna de 1988 trouxe com ela atualizações. O senso atual é de que a família seja reconhecida pelos seus vínculos afetivos, citando como

⁴ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (BRASIL, 1988).

exemplo o sentido entre pais e filhos adotivos e o da paternidade socioafetiva. Assim sendo, a família contemporânea se funda por meio da afetividade alcançada pelos vínculos diários entre seus integrantes e a recíproca troca de sentimentos, uma vez que o desenvolvimento saudável da família se dá em relutância do afeto presente (CALDERAN, 2011).

A satisfação emocional da criança tem como principal causa a conexão entre pai e filho. Tal situação se deve pela construção da autoestima, de maneira que possa contar como um ponto de apoio na superação de situações ruins, as quais, inevitavelmente, ocorrem na vida de todos os seres humanos. O afeto consiste, desta maneira, em mais que uma ligação puramente sentimental. Ele surge da necessidade biológica, sendo alimento que proporciona à pessoa um desenvolvimento e formação psicológica, social e moral (CAMPELO, 2016).

Neste meio tempo, incumbe aos pais responsáveis o dever de instruir seus filhos de maneira correta, sendo importante que tanto o pai quanto a mãe forneçam as condições necessárias para que o menor tenha seu desenvolvimento sadio e uma educação satisfatória. As obrigações com os filhos estão exaradas no Código Civil, em seu artigo 1.634,⁵ enfatizando a responsabilidade de lhes garantir educação e proteção.

Discorre Dias (2007) acerca da questão:

Nesse extenso rol não consta o que talvez seja o dever mais importante dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional

⁵ Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL, 2002).

dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais. A essência existencial do poder parental é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciados pelo encontro, pelo desvelo, enfim pela convivência familiar.

Mesmo o afeto sendo um dos pilares para a construção de uma relação paterno-filial, não deve ser imposto como um dever. Como tal, não está mencionado no artigo 1.634 do Código Civil, pois sua existência fica condicionada ao convívio entre pais e filhos.

Desta maneira, considerando-se que o convívio é importante para a formação de uma relação estável e afetuosa entre o pai e seu filho, observa-se que a presença dos pais é importante para a criação do caráter cognitivo, psíquico e sentimental de uma criança. A falta de afeto vinda por algum dos pais pode motivar sequelas em sua personalidade, a qual se encontra na fase de desenvolvimento. Neste sentido, “a filiação socioafetiva emana através da preparação cultural, consequência da afetividade que as partes possuem.” (LOBO, 2011).

O abandono afetivo, na presença de uma nova legislação familiar inserida no ordenamento constitucional pela Carta Magna, pode ser definido como a inexistência de afeto entre os pais com os filhos, em que estes, por meio do Poder Judiciário, buscam uma compensação pela ausência em suas vidas.

Segundo Lobo (2011), o princípio da afetividade é aquele no qual a afetividade é obrigação dos pais para com os filhos, ainda que haja de desamor ou desafeição entre eles. A inexecução de tal obrigação qualifica o abandono. Consoante à doutrina moderna, a responsabilidade dos pais não está apenas simplificada em garantir a subsistência dos filhos. Cabe aos pais a incumbência de estar na presença dos filhos, concedendo todo amparo necessário, seja de aspecto educacional, material, social e até mesmo no âmbito afetivo, almejando o melhor ao infante.

Neste cenário, Lobo (2011) define abandono: “Portanto, o ‘bandono afetivo’ nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade.

Seu campo não é exclusivamente o da moral, pois o direito atraiu para si, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas.”

Ainda, Dias (2007) comenta acerca do dever dos pais:

Não se pode mais ignorar essa realidade, passou-se a falar em paternidade responsável. Assim, a convivência dos filhos com os pais não é mais direito, é dever. Não é direito visitá-lo, é obrigação de visitá-lo. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e reflexos no seu sadio desenvolvimento.

O afeto deve ser averiguado de acordo com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proteção ao interesse da criança e do adolescente, considerando-se que são os pilares do direito de filiação, por meio dos quais, com o surgimento de novos princípios em decorrência da Constituição de 1988, é possível se ter uma maior afetividade nas disposições legais em benefício aos filhos e nas relações com seus pais (DIAS, 2007).

Não obstante apenas existir o dever de sustento, o abandono afetivo, entendido pela noção de rejeição, não é facilmente superado pela relação puramente patrimonial que liga pais e filhos, de forma que deve ser reparado.

Ainda assim, o trauma pelo abandono afetivo provoca o surgimento de uma marca inapagável na formação psicológica e social de uma criança, a qual vai afetar diretamente no seu comportamento diante da sociedade. Assim, mais que uma reparação de cunho econômico-financeiro, faz-se necessário buscar meios que prezem, primordialmente, pelo restabelecimento da relação paterno-filial (FERREIRA et al., 2018).

3 IMPORTÂNCIA DA FAMÍLIA

Com as mudanças na sociedade no passar dos anos, as famílias tiveram sua realidade alterada, ocasionando um aumento significativo de divórcios. Alguns dos motivos foram a entrada da mulher no mercado de

trabalho, o surgimento dos anticoncepcionais, a perda do poder familiar e a liberdade sexual.

Após a separação, é comum não perceber que há uma terceira pessoa envolvida: a criança. Ela acaba sendo esquecida pelos seus genitores, os quais andam ocupados com a reconstrução de suas vidas e em busca de constituir uma nova família. Pois bem, qual é a importância da família para o desenvolvimento da criança? Sobre o tema, discorre Fraga (2005):

A família é a estrutura fundamental que molda o desenvolvimento psíquico da criança, uma vez que é, por excelência, o primeiro local de troca emocional e de elaboração dos complexos emocionais, que se refletem no desenvolvimento histórico das sociedades e nos fatores organizativos do desenvolvimento psicossocial.

A autora afirma que a família é o fator responsável dos processos mentais da criança, que se dão pelo convívio e afeto, emoções essenciais para o crescimento e desenvolvimento da criança. Acontece que, com as transformações no alicerce da família moderna, é muito comum presenciar famílias monoparentais, principalmente administradas pela mãe, não havendo figura paterna.

O interesse dos pais pela criança faz com que ela viva de forma mais livre nas fases de identificação pessoal. Se um deles não está presente, ocorre uma sobrecarga no papel do outro, gerando um desequilíbrio que pode ocasionar certos danos na personalidade da criança (EIZERIK; BERGMANN, 2004).

O bom senso humano entende que toda criança é digna de ter ambos os pais, fazendo com que tenha um desenvolvimento natural, pleno e saudável. Contudo, é ao inverso do que cada vez mais se presencia na sociedade, não sendo natural apenas um dos pais arcar com a árdua responsabilidade de cuidar sozinho do filho.

3.1 INCUMBÊNCIA DOS PAIS PARA COM O FILHO

Antes que se conduza à análise dos prejuízos que a ausência do pai causa à criança, deve-se considerar as funções paterna e materna e analisar como elas afetam a criança. Certamente, para um desenvolvimento psíquico e moral, é necessário que a criança cresça em um ambiente saudável. Discorre Fraga (2005) sobre a função materna:

A missão materna é garantir os cuidados iniciais para a sobrevivência da criança, e estimular as características psicológicas para a formação da personalidade. A missão dela é transmitir autonomia pessoal, compaixão nas relações com outras pessoas e garantir que adquira a linguagem e a comunicação.

A mãe é a primeira a fazer contato com a criança. Este contato é especial e de extrema importância para os dois, pois será o meio inicial de contato com a criança. Esse contato entre mãe/filho, começando durante a gestação, é essencial para o desenvolvimento saudável da criança. Se observar as reações dos animais, entende-se que a figura materna não é somente privilégio dos seres humanos. O filhote depende condicionalmente de sua mãe. Ademais, Fraga (2005) traz o quanto é importante a formação da personalidade da criança:

O dever paterno possibilita uma nova dimensão em termos de desempenho psíquico e de introdução social, representando exigências de comunicação social – o raciocínio lógico, a linguagem escrita – e veiculando as interdições morais, regras de vida em sociedade, aprendizagem de técnica e valores culturais.

Isto é, a criança precisa passar pelo método de identificação com o pai, para que possa se integrar no meio social de forma natural. Penso e Sudbrack (2004) discorrem sobre isso:

É uma fase importante em sua vida e para a formação de sua personalidade, e o pai não estando presente, como ocorre nas famílias de hoje, o filho ainda terá que ter este contato para sua identificação, mesmo que esse contato seja de aspectos negativos, com o pai.

É necessário o contato com o pai, que, possibilita uma nova dimensão em termos de funcionamento psíquico e interação social da criança.

3.2 EFEITOS NEGATIVOS QUE TRAZEM O DIVÓRCIO E A AUSÊNCIA PATERNA

O divórcio deixa qualquer filho abalado, desencadeando várias implicações no comportamento da criança. O primeiro impacto sofrido pela criança é “na fase inicial, com a falta da presença dos pais, ocorrendo devido à hostilidade que se mantém no início do término da relação.” (TEYBER, 1995).

Sobre o assunto, Eizirik e Bergmann (2004) citam uma passagem do trabalho *Leonardo da Vinci e uma lembrança da sua infância*, de Freud: “na maioria dos seres humanos, tanto hoje como nos tempos remotos, a necessidade de se apoiar numa autoridade de qualquer espécie é tão imperativa que seu mundo desmorona se essa autoridade é ameaçada.”

Sobre essa constatação, reflete-se acerca da necessidade e das consequências para o ser humano quando é afastado desta autoridade. Questiona-se: como uma criança vai crescer sabendo o que é o certo e o que é o errado sem uma pessoa para ensiná-la? As crianças são iguais a computadores novos sem *software*, não sabem agir até que coloquem informações. Neste sentido, a repercussão que esta falta de autoridade traz é imprevisível para a criança.

Segundo Teyber (1995), um dos sintomas surgentes devido a essa ausência, apresenta-se na fase pré-escolar, onde as crianças têm certa tendência de sofrer muita inquietação e insegurança. Demonstram medo de

serem rejeitadas pelo genitor restante, já que pensam terem sido renegadas por aquele que foi embora.

Outro exemplo claro em crianças na faixa etária entre 6 e 8 anos é a tristeza, pois vivenciam o abandono pelo genitor que se retirou de casa.

As crianças entre 9 e 13 anos começam a sentir muito ódio. Os meninos, ao inverso das meninas, tendem a sentirem mais e a serem mais teimosos.

Muza (1998 apud EIZIRIK; BERGMANN, 2004) afirma: “a criança necessita do pai para desprender-se da mãe [...] o pai passa a representar um princípio de realidade e de ordem na família.”

A desorientação e o conflito são sintomas que surgem e ainda são agravados, devido à maioria dos pais se manterem presentes somente logo após o divórcio. Ainda, surge uma grande possibilidade de um dos genitores se casar e ter filhos novamente, o que intensifica esse sentimento de perda, resultando em uma possível depressão. A esse respeito, discorre Teyber (1995): “A depressão que atinge uma criança se revela com a perda da capacidade de ser amada, e na perda de sentir seu próprio valor; a criança mais velha vem a sofrer mais pelo julgamento de suas capacidades e pela perda de iniciativa.”

A separação entre os pais, afeta as crianças, desligando-as no que o autor chama de “vínculos”:

A conexão que formamos com os pais, quando crianças, são a essência do que temos de mais humano. É desses primeiros vínculos que deriva nossa capacidade de sentir empatia, compaixão e amor pelos outros. Essas ligações também constituem os princípios básicos que formam a personalidade, pois nos traz a sensação de sermos merecedores de amor e considerarmos os outros dignos de confiança. As conexões que trazem segurança são a maior causa de alegria e contentamento na infância, mas também podem ser a maior fonte de angústia e desespero quando os laços emocionais são rompidos e os guardiões não estão disponíveis. (TEYBER, 1995).

Neste sentido, acrescenta Fraga (2005): “é notável verificar que o término do vínculo socioafetivo durante o período em que a criança está em desenvolvimento gera problemas emocionais para ela, uma vez que interrompe a ligação de afeto que possuía.”

No momento que houver a ruptura destes vínculos, os resultados podem ser extremamente desagradáveis para a criança, atingindo a sua autoestima e a maneira de como se relaciona com os outros. É importante que os filhos se sintam amados e cuidados por seus pais, pois “quando a criança não tem a certeza que despertou atenção e afeto, a sua insegurança se mantém como um traço de sua personalidade, a deixando assim pelo resto de sua vida.” (TEYBER, 1995).

Por meio de estudos de casos elaborados, Silva (2003) conclui que a ausência paterna pode gerar diversas consequências severas:

Problemas como o uso de drogas na adolescência, comportamento criminoso, dificuldades de inclusão social, de reconhecimento de limites, de apreensão de regras sociais e de desempenho intelectual também têm sido destacados como fortemente influenciados pela ausência e inadequação da figura paterna.

Muitas crianças, com a falta do genitor e o não preenchimento dela pela mãe, são tentadas a cometer atos ilícitos, como o uso de drogas, furto e vandalismo. A qual tem como motivo, muitas vezes, a falta de imposição de limites que devia ocorrer da parte paterna. Não existindo e não sendo suprida pela materna, a criança tende a se tornar um menor infrator.

3.3 RESPONSABILIDADE DO GENITOR REMANESCENTE

Uma circunstância muito comum é quando os filhos se culpam pelo divórcio dos pais, situação a qual eles se atribuem como motivo da separação devido a alguma maldade ou brincadeira que fizeram, culpando-se pelo

resultado. Além disso, passam por uma grande redução de autoestima que, se não observada a tempo, torna-se depressão. Seu desenvolvimento escolar cai e seu relacionamento com os amigos se torna cada vez menos frequente.

Muitos passam a sentir que não há mais imposição de limites aos seus atos, unido ao sentimento de inferioridade que sentem pelo abandono do pai, agindo de maneira imprudente e imatura, colocando-se em perigo. Situações perigosas geram algum tipo de adrenalina, fazendo com que esqueçam a realidade de suas vidas, ainda que temporariamente.

Em cerca de 90% dos casos de divórcio, os filhos acabam ficando com as mães e os pais tendem a ausentar-se. “Ocorre que, após alguns anos, a interação entre pai e filho é limitada ou já não resta nenhuma. Essa verificação é revoltante, pois o desenvolvimento está associado com a interação entre pai e filho.” (TEYBER, 1995).

Esse cenário ocorre devido à resistência da sociedade, que não acredita na capacidade do homem em possuir os mesmos cuidados que a mulher possui ao cuidar da criança. Cria-se esse parecer de que a responsabilidade da mãe é maior. Devido a tal fato, torna-se comum o pai deixar muitas vezes os cuidados com a criança a cargo da mãe.

Quase não se observa a figura da mãe, que fica sobrecarregada com tantos afazeres, como cuidar da casa, trabalhar e cuidar dos filhos, além de ter que se acostumar com a vida pós-divórcio.

Por essa razão, muitas vezes as próprias mães já não estão mais presentes na vida dos filhos com a mesma frequência que antes da separação, levando as crianças a sentirem que perderam ambos os pais. Segundo Teyber (1995):

Mesmo as mães mais competentes e fortes encontram dificuldade em atender sozinha às necessidades ampliadas de um filho na fase em que o divórcio ocorre. Este ciclo negativo de necessidades prejudica ainda mais, porque os problemas acompanham o crescimento do menor, neste aspecto, as exigências impostas à mãe vão

se intensificando não somente por isso, mas também pela disponibilidade decrescente da maior parte dos pais após o divórcio.

O papel da mãe na vida de seus filhos é indispensável para determinar como se desenvolverá o comportamento da criança, visto que se encontra em um estado mais vulnerável e necessita de apoio redobrado. Se, ao invés, a mãe colaborar com distúrbios psicológicos, somando-se com a ausência paterna, a criança estará sujeita a desenvolver uma personalidade desequilibrada e problemática. Nesse sentido, discorrem Eizirik e Bergmann (2004):

Um fator essencial a ser levado em consideração nas situações de ausência do pai no desenvolvimento da criança é o papel materno [...] devem ser considerados a presença de psicopatologia materna, os recursos emocionais desta e o tipo de relacionamento que existe entre a mãe e o filho. Desse relacionamento pode surgir uma maior ou menor predisposição para os conflitos associados à falta do pai.

Constantemente, os filhos pertencentes a famílias monoparentais, conduzidas pela mãe, sentem o dever de se tornarem *filhos paternais*. Penso e Sudbrack (2004) falam sobre esse tipo de adolescente, que alterna entre os papéis de preservar a família e ser educador dos irmãos mais novos.

A respeito dos conflitos que esse adolescente vivencia, as autoras afirmam que “praticar todos esses papéis faz com que o adolescente não consiga construir uma identidade própria, já que enfrenta um conflito entre seu *status* e seu estatuto.” Acrescentam que o *status* de filho parental dificulta o reconhecimento de estruturas que formam a sua personalidade (PENSO; SUDBRACK, 2004).

Nesse contexto, o adolescente encontra-se preso ao vínculo envolvente, que é a relação pai-filho, sem a possibilidade de entrada de um terceiro que garanta a separação da mãe e se identifique com o papel do pai.

3.4 A CONSTITUIÇÃO DE UMA NOVA FAMÍLIA

Uma condição que atinge as crianças que vivenciam relações conturbadas pós-divórcio é o chamado conflito de lealdade. Ocorre quando os filhos sentem que devem escolher entre o pai ou a mãe. Normalmente a criança presencia constante antipatia entre os pais e, dessa maneira, se sente culpada pela separação. Em casos como esses, os pais expressam mágoa ou raiva por meio dos filhos, sem perceber que essa situação propicia angústia à criança. Com efeito, Hironaka (2007) afirma:

[...] justamente por conta das separações e dos ressentimentos que remanescem na ruptura da sociedade conjugal, não é nada incomum deparar com casais apartados, usando os filhos como moeda de troca, agindo na contramão de sua função parental e pouco se importando com os nefastos efeitos de suas ausências, suas omissões e propositadas inadimplências dos seus deveres. Terminam os filhos, experimentando vivências de abandono, mutilações psíquicas e emocionais, causadas pela rejeição de um dos pais e que só servem para magoar o genitor guardião. Como bombástico e suplementar efeito, baixa a níveis irrecuperáveis a autoestima e o amor próprio do filho enjeitado pela incompreensão dos pais.

Em situações como estas, os pais acabam se descuidando e não reparando que os filhos precisam de um amparo emocional de ambos. Acabam se sentindo em um cabo de guerra entre os dois. Teyber (1995) opina acerca dessa questão:

Saber que possui um vínculo com os filhos é consolador quando se tem a extinção dos laços com o outro parceiro. De certa maneira, e normalmente os pais se sentem trocados diante do interesse igual do filho pelo outro genitor. Mas se escolherem agir de acordo com o que estão sentindo, pressionando de certa forma seus filhos,

para que se aproximem, mas deste do que de outro, prejudicará os seus próprios filhos.

Está se tornando cada vez mais comum na sociedade a construção de uma nova família pelo ex-cônjuge, o que de certo modo favorece para que os conflitos ocorram. O principal motivo para que isso ocorra é a complexibilidade em separar os sentimentos com os filhos do sentimento que ainda resta com a ex-companheira ou companheiro, tornando difícil o relacionamento entre pais e filhos. Tem-se como resultado o aumento do receio pelos filhos em aceitar uma nova família e um novo cônjuge para sua mãe ou seu pai. Sentimentos tais como ciúmes e raiva afetam a criança, seja proveniente do ex-cônjuge ou do novo cônjuge.

Em artigo publicado na Revista *Época*, a psicanalista Solange Azevedo afirma que “as relações entre enteados, padrastos e madrastas, entre meios-irmãos e entre os pais e seus filhos de relacionamentos anteriores são inevitavelmente marcadas por conflitos e rivalidades inconfessáveis.” No mesmo artigo, Azevedo (2018) ainda acrescenta:

Relacionamentos ruins com o ex-marido ou a ex-mulher também podem contribuir para esse tipo de problema. Quando a mãe fala mal do ex-marido ou da madrasta, a criança vive o chamado “conflito de lealdade”. Nessa situação, ela pode rejeitar os novos relacionamentos, gerando graves conflitos de poder.

Neste entendimento, percebe-se que é comum pais e mães levarem seus filhos a sentirem ciúmes dos novos parceiros. O que a maioria desses pais não imaginam, é que essa competitividade pode trazer grande destruição nos laços afetivos, os quais seriam fundamentais para uma infância feliz (AZEVEDO, 2018).

O homem é um ser social, que necessita, como todos os outros, de segurança e pessoas que o amem. Se no período em que está em desenvolvimento

físico e psicológico, ele é privado da convivência e dos cuidados de uma figura de autoridade, as consequências podem ser extremamente desagradáveis.

Não serão todos os filhos sem pai que de alguma forma se tornarão jovens problemáticos, assim como também não são todos os pais que querem abandoná-los. Portanto, ainda que algumas crianças sintam a falta de um genitor, têm a falta suprida por compensação daqueles que restam, auxiliando para a criação da personalidade da criança, que se formará a partir do ambiente que a cerca.

Mas caso o genitor remanescente não consiga suprir a falta causada por aquela ausência, seja por manter-se também omissa física ou moralmente, a criança possivelmente virá a ter os problemas.

Deve-se verificar, ainda no caso concreto, quais os motivos que fizeram com que o genitor desistisse de seu papel como pai. Se ficar evidente que houve dolo ou descaso, os efeitos negativos sobre a criança serão consideravelmente maiores. Mas se, no entanto, o genitor não teve escolha, por algum motivo, a criança certamente virá a sofrer e apresentar algumas das características supramencionadas, porém terá menos prejuízos emocionais, sabendo que não foi por escolha do pai.

Em qualquer desses casos, qualquer criança sentirá os efeitos que a falta de um dos genitores faz.

4 A RESPONSABILIDADE DE INDENIZAR

A responsabilidade civil é extracontratual, analisada por meio de três aspectos: nexa causal, ato ilícito e dano. Ainda neste sentido, Dias (2006, p. 131) diz que em todos os casos deve-se obedecer a quatro determinações:

- a) Dano deve ser certo, podendo, entretanto, ser material ou moral;
- b) A relação de causalidade, laço ou relação direta de causa e efeito entre fato gerador de responsabilidade e o dano são seus pressupostos indispensáveis;

- c) A força maior e a exclusiva culpa da vítima têm, sobre a ação de responsabilidade civil, precisamente porque suprimem esse laço de causa e efeito, o mesmo efeito preclusivo;
- d) As autorizações judiciais e administrativas não constituem motivo de exoneração de responsabilidade.

Deste modo, repara-se que na responsabilidade civil não é todo ato ilícito que causa danos. Com isso, Noronha (2003, p. 477) diz: “É necessário para que surja a obrigação de indenizar, [...] que o dano esteja contido no âmbito da função de proteção assinada, ou seja, exige-se que o dano verificado seja resultado da violação de um bem protegido.”

Importante mencionar nessa hipótese, o artigo 186⁶ do Código Civil, o qual define tal omissão ou ação como um ato ilícito.

4.1 PROTEÇÃO ESTABELECIDA EM LEI

É assegurado à criança o direito de convivência e amparo, não somente no âmbito físico, mas também no âmbito moral. A Constituição Federal (BRASIL, 1988) assegura, em seu art. 227,⁷a proteção de todas as crianças, protegendo-as de qualquer tipo de negligência, desumanidade e ações que venham a prejudicá-las. Também, buscando-se melhor assistência, em seu art. 229⁸ são impostos deveres aos pais e filhos.

⁶ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL, 2002).

⁷ 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. (BRASIL, 1988).

⁸ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (BRASIL, 1988).

Nos artigos 15⁹, 17¹⁰ e 18¹¹ do Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece-se a importância da convivência entre os pais e filhos e da dignidade para o desenvolvimento moral da criança. O art. 17 dispõe sobre a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança, abrangendo dessa forma o dano causado pelo abandono. Já o art. 18, determina que todos devem velar pela dignidade da criança, colocando-os a salvo de maus tratos.

O art. 249,¹² da mesma lei, prevê uma penalidade para os pais que descumprirem com seus deveres inerentes, sendo-lhes aplicada uma multa de três a vinte salários. Nestas circunstâncias, se há a previsão de aplicação de multa em caso de conduta omissiva por parte do genitor, o legislador já reprovava a conduta daquele que abandona seu filho. Sobre o assunto Pereira e Silva (2006) refletem que “se a convivência, o acompanhamento, enfim, o amor paterno fosse opcional, a lei não estabelecería tais deveres, a serem cumpridos mesmo à margem do desejo do pai.” Ao se deparar com a vasta legislação que rege as obrigações de convivência familiar para o pleno desenvolvimento psíquico e moral da criança, percebe-se não se tratar de um enriquecimento de normas, tampouco deve ser exercida de forma conveniente pelos genitores.

⁹ Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. (BRASIL, 1990).

¹⁰ Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. (BRASIL, 1990).

¹¹ Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. (BRASIL, 1990).

¹² Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho tutelar.
Pena
- multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência. (BRASIL, 1990).

4.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Tem sido costumeiro nas cortes brasileiras as demandas propostas com objetivo de atribuir um valor monetário à negligência do afeto, procurando suporte por meio dos princípios resguardados pela Constituição. Entre tais princípios estão o da dignidade da pessoa humana, o da proteção do melhor interesse do menor e o da paternidade responsável, não podendo esquecer do dever imposto à família, sociedade e ao Estado de proteger a criança de qualquer tipo de crueldade, negligência e opressão.

A falta destes deveres, por qualquer dos genitores, tem resultado em debates doutrinários e jurisprudenciais sobre o cabimento de uma reparação ao dano moral, decorrente dos prejuízos emocionais e psicológicos do abandono afetivo sofrido.

Nesta temática, há várias contrarrazões e oposições. A respeito da doutrina, a presença de diferentes correntes proporciona um enriquecimento nos debates, possibilitando uma visão ampla a respeito do assunto. Não é o que ocorre com a posição jurisprudencial, pois a oposição de uma com outra se torna nociva ao ordenamento jurídico e ao cidadão.

Analisa-se algumas decisões a fim de identificar o comportamento adotado pelos Tribunais Pátrios no tocante à questão indenizatória em caso de alegação de abandono afetivo, o impacto causado na sociedade e na relação paterno-filial.

O primeiro caso a ser analisado é a decisão do Supremo Tribunal de Justiça no âmbito do Recurso Especial n. 1.159.242/SP, julgado em abril de 2012, sendo Relatora a Ministra Nancy Andri ghi.

O caso alude à ação indenizatória ajuizada pela filha em face do pai, sob a justificativa de abandono afetivo. Em primeira instância, o juízo *a quo* indeferiu o pleito da autora, fundamentando que o distanciamento entre genitor e filha teria ocorrido após a ruptura do relacionamento entre os pais daquela e a mudança de comportamento da genitora que ficou agressivo em

relação ao genitor, assim impossibilitando a convivência amorosa entre pai e filha, não havendo dever de reparação.

Não conformada com o resultado da demanda, apresentou Recurso de Apelação ao Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual reconheceu a caracterização do abandono afetivo por parte do genitor, propiciando o pagamento dos danos morais causados, que foram arbitrados em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais).

Diante da decisão, o genitor apresentou o Recurso Especial n. 1.159.242/SP ao Superior Tribunal de Justiça, alegando violação aos artigos 186, 944¹³ e 1.638¹⁴ do Código Civil, além da divergência jurisprudencial, uma vez que a Quarta Turma do STJ (Recurso Especial n. 757411 MG) já havia negado danos morais derivados de abandono afetivo.

Recepcionado o Recurso Especial pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, foi distribuído para relatoria da Ministra Nancy Andriighi, no Superior Tribunal de Justiça. Antes de dar seu voto, a Ministra aduz que há uma grande resistência em se aplicar a indenização decorrente do afastamento de obrigações que deveriam ser realizadas pelos genitores da criança.

Após esclarecer seus argumentos, a Ministra expõe as características que tipifica o dano moral, quais sejam, a culpa, o dano e o nexos causal. Expõe que é indiscutível o vínculo legal entre pais e filhos, sendo dever dos mesmos de suprir as necessidades, dar amor, carinho e proteção. Destaca que estes cuidados são essenciais para a formação de um adulto, garantindo sua integridade física e psicológica, tendo condições de viver em sociedade de forma normal.

¹³ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. (BRASIL, 2002).

¹⁴ Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. (BRASIL, 2002).

Assim, pelas razões aduzidas em seu voto, entende a Ministra que, no Recurso Especial n. 1159242/SP, julgado em 2012, ficou configurada a culpa, associada à ausência quase total de relação com a filha, demonstrada a desconsideração causando dor e angústia. Restou dessa maneira configurado o nexu causal que dá ensejo à responsabilidade civil, arbitrando em R\$200.000,00 (duzentos mil reais) o valor do dano moral.¹⁵

O segundo caso a ser analisado decorre da decisão do Supremo Tribunal de Justiça no âmbito do Recurso Especial n. 1409866/SC, julgado em abril de 2018, sendo Relator o Ministro Lázaro Guimarães.

Neste caso, o filho ajuizou ação em face do pai, pleiteando indenização por danos morais em razão de abandono moral e afetivo ocasionado pelo distanciamento do pai ao longo da vida e pelos sofrimentos experimentados em virtude disso. O juízo em primeiro grau julgou o pedido improcedente.

Em razões recursais, a parte recorrente aponta ser necessário o acompanhamento dos genitores para a formação física e intelectual de pessoa em desenvolvimento, sob pena de danos psíquicos capazes de abalar sua personalidade, que é passível a fixação de indenização se o pai não cumpre com o dever afetivo de cuidado com o filho e que foram praticados atos concretos de abandono.

O Ministro quando analisou os pressupostos de admissibilidade e os limites da lide, e entendeu pela ausência de requisitos autorizadores da indenização por dano, pois segundo consta em seu voto, não houve o preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil.

Após análise, ficou caracterizado que, a respeito dos argumentos formulados pelo demandante, não havia provas que evidenciassem os danos alegados, pois tais danos não seriam presumíveis, devendo então ser demonstrados, o que se mostrou falho. Apenas o abandono moral não teria potencial de gerar o dever de indenizar. Uma vez que o demandante não se

¹⁵ Existem outras ações que foram julgadas no Superior Tribunal de Justiça que tratam da matéria: REsp n. 1087561/RS; REsp n. 1126220/MS (a favor). REsp n. 1588512/SC; REsp n. 1579021/RS; REsp n. 1538078/SE; REsp n. 1286242/mg (contra). (BRASIL, 2012).

desincumbiu dessa obrigação, a apelação foi desprovida, seguindo os termos da sentença *a quo*.

4.3 A INDENIZAÇÃO

O princípio da reparação integral, exposto no Direito Civil Brasileiro, determina que a parte prejudicada que sofre o dano deve ser compensada em sua totalidade pelo dano. Esta indenização só não se dá quando: a) for impossível a reposição ou reparação do bem; b) não for suficiente para reparação integral dos danos; ou c) for excessivamente onerosa para o devedor.

O art. 944, em seu *caput*, retrata que a incumbência de indenizar deve abranger a totalidade do dano sofrido. Neste sentido, discorre Alvim (1972, p. 1999):

É certo que não há importância no teor da gravidade, se for maior ou menor, não influi sobre a indenização, a qual só se medirá pela extensão do dano causado. A lei não se interessa pelo causador, mas sim pelo prejuízo a fim de medir-lhe o grau de culpa e, sim, para o dano, a fim de avaliar-se a extensão.

Cabe salientar que a redação do art. 944, de que trata o princípio da reparação integral, se tornou pacificada pelo seu parágrafo único, o qual assegura a possibilidade de reduzir o valor indenizatório quando for verificada uma desconformidade excessiva entre o dano e o grau de culpa do agente. Contudo, em casos determinados, compete ao juiz a faculdade de analisar também o grau de culpa.

A fim de determinar o valor indenizatório em casos de abandono afetivo, o STJ não fez menção a critérios que possibilitem ajustar tal valor, mas Moraes (2006, p. 334) declarou:

O magistrado deve fundamentar detalhadamente a sua decisão, exclusivamente sobre a indicação da

verba indenizatória, para que se reduza o alto nível de subjetivismo constante das decisões judiciais que hoje vem proferindo em matéria de dano moral. Só a sua demonstração lógica considera que se construa um sistema de indenização justa, do ponto de vista da cultura do nosso país e do nosso tempo.

Deste modo, o magistrado ajustará o valor indenizatório de forma motivada, operando por meio de analogia e de fundamentação adequada, ajustando o dano ao grau de culpa do genitor.

É importante mencionar a existência de um projeto de lei, PL n. 700/2007 proposto pelo senador Marcelo Crivella, aprovada pela Comissão de Direitos Humanos (CDH) e no Senado, onde recebeu o número PL n. 3212/2015, que no momento está em análise pela Câmara dos Deputados. O Projeto de Lei altera o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, passando a tipificar o abandono afetivo como um ato ilícito penal. Tal qualificação está presente no art. 5^o¹⁶ do ECA, no qual é inserido parágrafo único.

A proposta continua garantindo os deveres de sustento, guarda e de educação dos filhos menores e imputa os deveres de convivência e assistência material e moral. Essas garantias passaram a ser analisadas em pleitos de destituição de poder familiar e na ação de dano moral pelo abandono afetivo.

5 CONCLUSÃO

O abandono afetivo é um tema que ganhou relevância e destaque no ordenamento jurídico brasileiro, ultrapassando as paredes das residências familiares e invadindo os Tribunais.

Independente de não encontrar disposição expressa no ordenamento legal, a jurisprudência pátria tem proferido decisões que reconhecem a

¹⁶ Art. 5^o. [...]

Parágrafo único. Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono moral. (BRASIL, 1990).

necessidade de pagamento de danos morais por parte dos genitores aos filhos abandonados, fixando valores em pecúnia como medida de compensação.

Nesta perspectiva, não se pode admitir que a indenização nos casos de abandono afetivo seja um benefício voltado aos caprichos de si mesmo, devendo que tais casos sejam analisados numa perspectiva distinta da indenização meramente.

Repara-se que há uma indústria de dano moral crescendo dentro do sistema jurídico, não sendo aceitável que essa qualificação seja exposta no âmbito familiar. Devem ser avaliados métodos alternativos à condenação em pecúnia, em que a sentença não quantifique as emoções e os sentimentos das partes envolvidas no litígio, mas objetive determinar medidas que tenham potencial de resolver, de fato, o desentendimento e possibilite maior potencial de êxito na restauração das relações de afeto paterno-filial.

Francamente, é difícil evidenciar o reestabelecimento do afeto entre um pai e seu filho, principalmente quando esse pai já formou uma nova família e acaba por esquecer daquela que ficou para trás. Muitas crianças tentam manter um contato amoroso, mas isso apenas piora o seu estado emocional. Também cabe ressaltar que muitos genitores saem do lar quando nasce seu filho ou até mesmo antes de nascer, tendo este uma grande chance de nunca mais voltar a vê-los.

Baseado nisso, o Direito tem interpretado o abandono afetivo passível de indenização, uma vez entendido que o afeto é um dos elementos integrantes da dignidade da pessoa humana, sendo este um bem jurídico protegido e que uma vez desrespeitado é entendido como ato ilícito e, assim, plenamente indenizável em seu aspecto moral.

Portanto, há de se concluir que existe a possibilidade da configuração desse dano, ressaltando que deverão ser preenchidos os requisitos que levam a caracterizar o dano moral, para que o juiz possa avaliar se o genitor faltou com suas responsabilidades de cuidado e afeto e, assim, condenar a reparação pelo abandono afetivo.

REFERÊNCIAS

ALVIM, A. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

AZEVEDO, S. O quebra-cabeça se fecha. *Revista Época*, São Paulo: Globo, n. 517, 2018.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 ago. 2019.

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 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 3 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 20 maio 2019.

BRASIL. Projeto de Lei n. 3.212/2015. Altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para caracterizar o abandono afetivo como ilícito civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 6 out. 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1999535>. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 757411/MG. Relator: Ministro Fernando Gonçalves, 29 de novembro de 2005. *JusBrasil*, Brasília, DF, 27 mar. 2006. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-20050085464-3/inteiro-teor-12899597>. Acesso em: 14 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1087561-RS. Relator: Ministro Raul Araújo, 13 de junho de 2017. *JusBrasil*, Brasília, DF, 18 jun. 2017a. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/490422303/recurso-especial-resp-1087561-rs-2008-0201328-0?ref=juris-tabs>. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.1126220/ MS. Relator: Ministro Moura Ribeiro, 30 de agosto de 2017. *JusBrasil*, Brasília, DF, 5 set. 2017b. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/493875558/agravo-em-recurso-especial-aresp-1126220-ms-2017-0155097-5?ref=serp>. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1159242/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 24 de abril de 2012. *JusBrasil*, Brasília, DF, 10 maio 2012. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/27594/mod_resource/content/1/REsp_1159242/SP_relatorio_voto.pdf. Acesso em: 14 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1286242/MG. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 21 de novembro de 2018. *JusBrasil*, Brasília, DF, 29 nov. 2018a. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/649639155/agravo-em-recurso-especial-aresp-1286242-mg-2018-0100313-0?ref=juris-tabs>. Acesso em: 30 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1409866/SC. Relator: Ministro Lázaro Guimarães, 28 de abril de 2018. *JusBrasil*, Brasília, DF, 30 abr. 2018b. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574467810/recurso-especial-resp-1409866-sc-2013-0342258-8?ref=serp>. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1538078/SE. Relator: Ministro Marco Buzzi, 16 de março de 2018. *JusBrasil*, Brasília, DF, 20 mar. 2018c. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/556986635/recurso-especial-resp-1538078-se-2015-0131760-8?ref=serp>. Acesso em: 30 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1579021/RS. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, 19 de outubro de 2017. *JusBrasil*, Brasília, DF, 29 dez. 2017c. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/526809377/recurso-especial-resp-1579021-rs-2016-0011196-8?ref=juris-tabs>. Acesso em: 30 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1588512/SC. Relator: Ministro Lázaro Guimarães, 16 de fevereiro de 2018. *JusBrasil*, Brasília, DF, 20 fev. 2018d. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/547023454/recurso-especial-resp-1588512-sc-2015-0322254-5?ref=serp>. Acesso em: 30 out. 2019.

CALDERAN, T. B. Evolução histórica e legislativa da família e da filiação. *Âmbito Jurídico*, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-85/evolucao-historica-e-legislativa-da-familia-e-da-filiacao/>. Acesso em: 6 ago. 2019.

CAMPELO, V. S. Princípios constitucionais aplicáveis às relações entre pais e filhos. *Conteúdo Jurídico*, 2006. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46000/principios-constitucionais-aplicaveis-as-relacoes-entre-pais-e-filhos>. Acesso em: 15 ago. 2019.

DIAS, J. de A. *Da Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, M. B. *Manual de Direito de Família*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

EIZIRIK, M.; BERGMANN, D. S. Ausência paterna e sua repercussão no desenvolvimento da criança e do adolescente: um relato de caso. *Revista de Psiquiatria do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 26, n. 3, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rprs/v26n3/v26n3a10.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2019.

FERREIRA, O. *et al.* O Abandono Afetivo À Luz Do Superior Tribunal De Justiça. *ARPEN*, São Paulo, 2018. Disponível em: <http://www.arpensp.org.br/?pG=X19leGliZ>. Acesso em: 2 jun. 2019.

FRAGA, T. A guarda e o direito à visitação sob o prisma do afeto. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

HIRONAKA, G. M. F. N. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material. *IBDFAM*, São Paulo, 23 abr. 2007. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=289>. Acesso em: 5 maio 2019.

LOBO, P. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, M. C. B. de. A família democrática. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2006, São Paulo. *Anais [...]*. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

NORONHA, F. *Direito das Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEDROSO, J. Abandono Afetivo frente ao ordenamento jurídico Brasileiro. *JusBrasil*, 2014. Disponível em: <https://juuliane.jusbrasil.com.br/artigos/137611283/abandono-afetivo-frente-ao-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 3 ago. 2019.

PENSO, M. A.; SUDBRACK, M. F. Envolvimento em atos infracionais e com drogas como possibilidades para lidar com o papel de filho parental. *Psicologia USP*, São Paulo, v. 15, n. 3, p. 29-54, 2004.

PEREIRA, R. da C.; SILVA, C. M. Nem só de pão vive o homem. *Sociedade e Estado*, Brasília, DF, v. 21, n. 3, p. 667-680, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2019.

SILVA, M. da R. *Sentimentos sobre a paternidade e envolvimento de pais que residem e pais que não residem com seus filhos*. 2003. 182 p. Dissertação (Mestrado em Psicologia do Desenvolvimento) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003.

TEYBER, E. *Ajudando as crianças a conviver com o divórcio*. Tradução: Carmem Youssef. São Paulo: Nobel, 1995.

FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: UMA GARANTIA EM DEFESA DAQUELES A SEREM JULGADOS OU UMA FERRAMENTA PARA A IMPUNIDADE?

Pedro Henrique Zimmermann Boaretto¹

Roni Edson Fabro²

Resumo: O presente artigo tem como objetivo discutir a legitimidade no julgamento de maneira diferenciada de certos indivíduos, principalmente aqueles que ocupam cargos políticos, bem como o papel do julgador em tratar esses processos de modo singular. A relevância se dá pela discussão do benefício a ser diminuído. Hoje são aproximadamente 45.300 pessoas ocupando 40 tipos de cargos, utilizando o foro por prerrogativa de função, sendo um tema atual e relevante, com necessidade de debates sobre a temática. O tema não se restringe tão somente aos cargos ou indivíduos que gozam da benesse, mas também aos magistrados e tribunais que devem julgar, sem qualquer interferência ou pressão adversa ao processo. O presente estudo traz a compreensão da relação entre a prerrogativa de foro e a “impunidade” que se dá a determinados indivíduos, por ocuparem determinados cargos ao cometerem crimes comuns. Compreende-se que esse estudo serve para verificar a possibilidade de alteração na legislação atual, para garantir a previsão do art. 5º, *caput* da Constituição Federal, o qual trata da igualdade de todos perante a lei, bem como a agilidade nos processos e diminuição da morosidade judicial. O presente estudo utiliza o método dedutivo, com pesquisa bibliográfica, jurisprudencial, documental, *sites*, verificando as principais doutrinas e especialistas sobre a temática, bem como a própria legislação, além de outros meios de informação.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Foro Privilegiado. Competência. Privilégio.

¹ Graduando NO Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; pedroboareto@gmail.com

² Mestre em Relações Internacionais pela Universidade do Sul de Santa Catarina e em Direitos Fundamentais Cíveis pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Doutorando em Educação na Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; Professor no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; Advogado; roni.fabro@unoesc.edu.br

1 INTRODUÇÃO

O foro especial por prerrogativa de função é um artifício que estabelece um procedimento jurídico diferenciado ao tradicional, em virtude do cargo de determinada pessoa. No Brasil, esse benefício se encontra em todas as esferas (União, Estados e municípios) e estabelece o julgamento de determinada ação por tribunais de instâncias superiores.

A competência para julgar o tema é estabelecida não em razão da pessoa, mas em virtude do cargo ou da função que ela exerce, razão pela qual não fere qualquer princípio constitucional, como o da igualdade. Sendo assim, o foro por prerrogativa de função é uma distinção que se dá em decorrência do cargo ocupado por determinados indivíduos, fazendo com que, assim, sejam julgados em tribunais superiores aos daqueles que cometem os mesmos delitos, porém não gozam de competência especial por prerrogativa de função. Ainda que defendido por algumas doutrinas, a prerrogativa de foro não se restringe tão somente ao agente causador da conduta delituosa, mas também ao magistrado que venha a julgar esse processo, visando à proteção dos órgãos jurisdicionais inferiores que viessem a sofrer eventuais pressões dos supostos responsáveis.

2 O FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO AO LONGO DAS DIFERENTES CONSTITUIÇÕES DA HISTÓRIA DO BRASIL

A Constituição de 1988 é a primeira da história do país a prever foro especial por prerrogativa de função. Sendo a mais recente, demonstra um retrocesso imenso, inexistente sequer na primeira constituição promulgada, aparecendo no disposto do art. 53³ da referida CF/88.

³ Art. 53. - Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º - Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

Ao citar as competências do Supremo Tribunal Federal em julgar, está disposta no art. 102⁴ da Constituição Federal, para julgar originariamente, ou seja, não em grau de recursos. Já o Senado julga crimes de responsabilidade do presidente e do vice-presidente, ministros do Supremo, do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho Nacional do Ministério Público, do Procurador-geral da República e do Advogado-geral da União. Ainda, conforme o art. 105,⁵ I, “a” da Constituição Federal, compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar

§ 2º - Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

§ 3º - Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

§ 4º - O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.

§ 5º - A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.

§ 6º - Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações.

§ 7º - A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva.

§ 8º - As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida. (BRASIL, 1988).

⁴ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvando o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente. (BRASIL, 1988).

⁵ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais. (BRASIL, 1988).

inicialmente, determinados indivíduos ocupantes de determinados cargos como elencado no texto constitucional.

2.1 CONSTITUIÇÕES ANTERIORES

A primeira Constituição, de 1824, ainda no período do império da história do Brasil, trazia que não haveria foro privilegiado nem comissões especiais nas causas cíveis e nos crimes, conforme artigo 179,⁶ inciso XVII. Porém, crimes cometidos por membros da família imperial, ministros e conselheiros de Estado e parlamentares eram julgados exclusivamente pelo Senado.

A Constituição de 1891, a primeira Republicana, em seu art. 72,⁷ § 23, tinha em seu texto a mesma opinião sobre o tema, estendendo esse direito para o presidente, ministros do Supremo e juízes federais. Já em 1934, acrescentou a admissão de juízos especiais em casos específicos conforme art. 113,⁸ § 25.

A Constituição de 1937 não chega a mencionar foro especial. A constituição de 1946, por sua vez, reitera o mesmo cenário das constituições anteriores, em seu artigo 141⁹, § 26.

Na Constituição Militar, de 1967, adotou-se a manutenção do tema pelas constituições anteriores, em seu artigo 150,¹⁰ § 15.

Ao promulgar a Constituição de 1988, a Assembleia Nacional Constituinte manteve nos direitos e garantias fundamentais a proibição de juízo ou tribunal de exceção, conforme art. 5^o,¹¹ inciso XXXVII, porém abriu as várias possibilidades de foro especial.

⁶ Art. 179, XVII – *A' exceção das Causa, que por sua natureza pertencem a Juizos particulares, na conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem Comissões especiaes nas Causas cíveis, ou crimes.* (BRASIL, 1824).

⁷ Art. 72, § 23 – *À exceção das causas que, por sua natureza, pertencem a juízos especiais, não haverá foro privilegiado.* (BRASIL, 1891).

⁸ Art. 113, § 25 – *Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção; admitem-se, porém, Juízos especiais em razão da natureza das causas.* (BRASIL, 1934).

⁹ Art. 141, § 26 – *Não haverá foro privilegiado nem juízes e tribunais de exceção.* (BRASIL, 1946).

¹⁰ Art. 150, § 15 – *A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção.* (BRASIL, 1967).

¹¹ Art. 5^o, inciso XXXVII – *Não haverá juízo ou tribunal de exceção.* (BRASIL, 1988).

3 PREVISÃO LEGAL DE FORO ESPECIAL

Em relação ao foro especial, quando competência do Tribunal de Júri, de acordo com a Súmula n. 721¹² do STF, este prevalecerá sobre o foro por prerrogativa de função nas constituições estaduais, ou seja, aquelas autoridades cujo foro especial por prerrogativa de função está previsto na Constituição estadual, como normalmente ocorre com os Vice-governadores e defensores públicos, caso incorram em crime doloso contra a vida, irão a júri (TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 260).

O Código de Processo Penal, no seu art. 84¹³ *caput*, prevê que a competência pela prerrogativa de função, é dos tribunais superiores. Contudo, em 1964, foi aprovada pelo STF a Súmula n. 394.¹⁴ Desta forma, desde que o crime tivesse sido praticado durante o período de exercício do mandato parlamentar, a competência para processar e julgar a causa era do Supremo Tribunal Federal, mesmo que o processo tivesse iniciado após o término do mandato (SILVA, 2007, p. 236).

Contudo, no ano de 1999, o STF mudou o entendimento e cancelou a Súmula n^o 394, concluindo que “a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do mandato, e não a proteger quem o exerce e, menos ainda, quem deixa de exercê-lo.” Logo, o STF passou a ter competência para processar e julgar os crimes cometidos por parlamentares, desde que os mandatos estivessem em curso, e quando estes estivessem encerrados, os autos seriam

¹² Súmula 721 – A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela constituição estadual. (BRASIL, 2003b).

¹³ Art. 84 – A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade. (BRASIL, 1941).

¹⁴ Súmula 394 – Cometido crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa da função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício. (BRASIL, 1964).

encaminhados ao juízo comum, preservando os atos praticados até então (SILVA, 2007, p. 236).

Silva (2007, p. 239) aponta, ainda, que houve uma tentativa de restabelecer o entendimento da Súmula n. 394 do STF, por meio da Lei n. 10.628 de 2002, onde esta alterava o art. 84 do CPP, incluindo o § 1º.¹⁵ No entanto, no ano de 2005, o STF reconheceu procedentes os pedidos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 2.729 e 2.860, as quais atacavam a redação dada pela Lei n. 10.628 de 2002 ao art. 84 do CPP, “restabelecendo o entendimento de que a competência do STF para processar e julgar os crimes cometidos por parlamentares se mantém apenas enquanto estiver em curso o mandato.” (SILVA, 2007, p. 239).

Nesse sentido, Canotilho et al. (2013, p. 3942) entendem que:

Perpetuar a prerrogativa de foro para além do término do mandato seria usurpar o próprio Estatuto dos Congressistas e criar privilégios pessoais e subjetivos, o que certamente não coaduna com o Estado Democrático de Direito e com os princípios fundamentais e o sistema de direitos fundamentais calçado no princípio da igualdade instaurado pela CF.

Por consequência, conforme estabelece a Súmula n. 451¹⁶ do STF, a qual traz que o foro especial por prerrogativa de função se extingue no momento em que a pessoa deixa de exercer a função pública.

¹⁵ Art. 84, § 1º – A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública. (BRASIL, 1941).

¹⁶ Súmula 451 – A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional. (BRASIL, 2018b).

4 O CONCEITO DE FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NA DOCTRINA BRASILEIRA

O foro especial foi criado para impedir que as funções exercidas por agentes públicos fossem afetadas por acusações motivadas por interesses políticos. O benefício é concedido ao cargo, não ao indivíduo, sendo assim, ao deixar o cargo, perde-se a prerrogativa.

Para entender o significado de foro especial por prerrogativa de função, deve-se analisar o que os principais doutrinadores da área de direito constitucional e processual penal têm a contribuir sobre o referido tema.

Quando houver prerrogativa de função, isto é, a existência da eleição legal de um foro privilegiado para julgar determinado réu, que cometeu a infração penal investido em função especial, relevam-se as demais regras naturais de fixação da competência, passando-se a respeitar o foro específico, que diz respeito à qualidade da pessoa em julgamento (*ratione personae*) (NUCCI, 2017, p. 227).

Conforme Nucci (2017), o foro por prerrogativa de função nada mais é do que um tribunal especial para julgamento de determinada matéria, infração penal, cometida por indivíduo investido de função especial e, por este estar em tal posição, é julgado por instância superior.

De acordo com Tourinho Filho (2014 apud NUCCI, 2017, p. 228), se trata de

elementar cautela, para amparar, a um só tempo, o responsável e a Justiça, evitando, por exemplo, a subversão da hierarquia, e para cercar o seu processo e julgamento de especiais garantias, protegendo-os contra eventuais pressões que os supostos responsáveis pudessem exercer sobre os órgãos jurisdicionais inferiores.

Para Tourinho Filho (2014 apud NUCCI, 2017), trata-se também o foro especial como garantia de um julgamento imparcial, sem devidas

pressões a magistrados recém-vestidos na toga, bem como por se tratar daqueles a serem julgados estarem muitas vezes no mesmo “nível” ou até mesmo acima de seus referidos órgãos julgadores.

Por outro lado, Semer (apud NUCCI, 2017, p. 228-229):

O foro privilegiado para julgamentos criminais de autoridades é outra desigualdade que ainda permanece. Reproduzimos, com pequenas variações, a regra antiga de que *fidalgos* de grandes *estados* e *poder* somente seriam presos por mandados especiais do Rei. É um típico caso em que se outorga maior valor à noção de autoridade do que ao princípio de isonomia, com a diferença de que hoje a igualdade é um dos pilares da Constituição. [...] Competência processual não se deve medir por uma ótica militar ou por estrato social. Autoridades que cometem crimes devem ser julgadas como quais pessoas, pois deixam de se revestir do cargo quando praticam atos irregulares. [...] O foro privilegiado, tal qual a prisão especial, é herança de uma legislação etilista, que muito se compatibilizou com regimes baseados na força e no prestígio da autoridade.

Percebe-se que não está se julgando o cargo, mas a pessoa que cometeu o delito. Garantir que haja o foro especial é conduzir justamente o julgamento para o contexto do cargo e não do autor da infração penal. Desse modo, entende-se que todos deveriam ser julgados pelo magistrado do lugar da infração ou do domicílio do réu, exceto apenas os casos de matérias específicas (NUCCI, 2017, p. 229).

Para Avena (2018, p. 37), quanto às hipóteses de foro privilegiado, o foro especial por prerrogativa de função estabelece, aparentemente, vantagens ao acusado? Segundo a maioria doutrinária, apesar de parecer à primeira vista que tal estabelecimento confere condições mais favoráveis a determinados agentes em prol de outros, ferindo, assim, o princípio da igualdade, na verdade isto não ocorre, porque a finalidade da Constituição Federal ao disciplinar o privilégio de foro não é proteger determinados

indivíduos, mas sim a função pública ou o cargo ocupado por estes. Existe, entretanto, posição contrária, compreendendo que o foro privilegiado importa sim em desigualdade processual, devendo ser extinto. Considera-se, neste caso, que mesmo sendo a função ou o cargo os destinatários do legislador no estabelecimento do foro privilegiado, o indivíduo que os exerce, de modo reflexo, beneficia-se pessoalmente.

As autoridades que possuem o foro privilegiado só poderão ser processadas, ainda que o delito seja cometido antes do início do exercício no específico cargo, nas Cortes especificadas na Constituição ou em lei. Sendo assim, caso alguém esteja respondendo a um processo por um determinado delito em Vara comum, uma vez que seja eleito ou comissionado a determinado cargo ou função, será remetido à instância superior para apreciação e continuidade do referido processo. Porém, se houver o término do mandato ou do exercício da função, deixando assim o cargo, sem ter sido julgado, retornará à instância original, posto que o crime foi praticado antes do exercício do mandato (NUCCI, 2017, p. 229).

Havendo conexão ou continência entre infrações penais, envolvendo a prerrogativa de foro e o Tribunal de Júri, a cada agente deverá ser destinado o seu juízo competente. Quando houver foro privilegiado, assegurado na Constituição Federal, sendo também o Tribunal do Júri um foro garantido pela Carta Magna, é preciso analisar o caso concreto, para dar-se ao agente garantido por prerrogativa de função, o foro específico, que o julgará, e ao cidadão não privilegiado, o Tribunal Popular. Respeita-se, com isso, o foro constitucionalmente previsto, em prejuízo de uma regra fixada em legislação ordinária, que é a junção dos feitos pela conexão ou continência (NUCCI, 2017, p. 257).

A divisão entre jurisdição superior e inferior, visando à separação entre magistrados que têm poder recursal sobre outro, contido no art. 78,¹⁷

¹⁷ Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras:

III, do Código de Processo Penal. Assim, havendo concurso entre jurisdições superior e inferior, é natural que a superior termine por avocar os efeitos conexos e continentes. Portanto, quando um determinado réu, por prerrogativa de função, deve ser julgado, por exemplo, pelo Supremo Tribunal Federal, mas cometeu o delito em coautoria com outra pessoa, que não detém a mesma prerrogativa, o mesmo privilégio, ambos serão julgados no STF, em face da continência (NUCCI, 2017, p. 258).

Porém, a Constituição Federal não prevê a extensão da competência do Supremo Tribunal Federal para analisar o caso daquele que não possui privilégio algum. Entretanto, os defensores dessa ideia admitem que a posição jurisprudencial, inclusive do STF, é no sentido oposto (NUCCI, 2017, p. 258).

Respeitam-se com tal regra os dois textos normativos. Dizer que o Supremo Tribunal Federal não tem competência para julgar o agente sem prerrogativa especial de foro não é uma verdade absoluta, uma vez que qualquer caso possa atingir e ser julgado pelo STF, em grau de recurso, decidindo casos de crimes comuns, cometidos por pessoas sem prerrogativa de foro (NUCCI, 2017, p. 259).

Se a competência do Tribunal Superior é mais ampla, nada impede que julgue casos inicialmente pertinentes a outros juízos. Porém, o contrário, não é admissível, pois se o juiz de primeiro grau não tem jamais competência para julgar criminalmente, um agente com prerrogativa de função, ainda que houvesse conexão, não poderia ele avocar os feitos, chamando a si o julgamento (NUCCI, 2017, p. 260).

Importante destacar o entendimento em edição da Súmula n. 704¹⁸ do STF, que trata sobre o processo do corréu em continência ou conexão ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados em não ferir

III – No concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação. (BRASIL, 1941).

¹⁸ Súmula 704 – Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados. (BRASIL, 2003a).

garantias constitucionais como a do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal.

Grande parte dos doutrinadores brasileiros defende que, quando se fala em foro privilegiado, o privilégio se dá em razão da pessoa, o que feriria o princípio da igualdade, um dos basilares na Constituição Federal de 1988, conforme Tourinho Filho (2012, p. 136-137), em consequência do princípio da igualdade, o que a CF/1988 proíbe é o foro privilegiado, não devendo ser este confundido com o foro especial por prerrogativa de função, visto que “o privilégio decorre de benefício à pessoa, ao passo que a prerrogativa envolve a função.” A prerrogativa de função “consiste no poder que se concede a certos Órgãos Superiores da Jurisdição de processarem e julgarem determinadas pessoas.” (TOURINHO FILHO, 2012).

Mirabete (2009, p. 67) diz que “Numa interpretação lógica do art. 53 da CF, crimes comuns são todos aqueles não abrangidos pela imunidade absoluta (crimes de opinião), inclusive definida em leis especiais.” (MIRABETE, 2009, p. 67).

Sendo assim, Nucci (2008, p. 263) afirma que:

A doutrina de maneira geral justifica a existência do *foro privilegiado* como maneira de dar especial relevo ao cargo ocupado pelo agente do delito e jamais pensando em estabelecer desigualdades entre os cidadãos. Entretanto não estamos convencidos disso. Se todos são iguais perante a lei, seria preciso uma particular e relevante razão para afastar o criminoso do seu juiz natural, entendido este como o competente para julgar todos os casos semelhantes ao que foi praticado.

Evidente é que causa certa insegurança jurídica afastar indivíduos que cometem ilícitos de seu juiz natural sem razão relevante para o feito. Se há competência para o julgamento desses processos pelos magistrados de primeiro grau dos indivíduos que não possuem foro especial, não há de

se tratar de maneira diferenciada aqueles que possuem simplesmente por exercício funcional.

5 IMUNIDADE MATERIAL

O foro por prerrogativa de função surgiu para impedir que as funções exercidas por agentes públicos fossem afetadas por acusações motivadas por interesses políticos.

Nessa relação, Capez (2015, p. 94) conceitua a imunidade material dos parlamentares da seguinte forma:

Os deputados e senadores são invioláveis, civil e penalmente, em quaisquer manifestações proferidas no exercício ou desempenho de suas funções. Essa inviolabilidade abrange qualquer forma de manifestação, escrita ou falada, exigindo-se apenas que ocorra no exercício da atividade legislativa, bem como a independência e harmonia entre os Poderes. A partir da Emenda Constitucional n. 35/2001, ampliou-se a imunidade para que, além de penal, se tornasse também civil, o que significa que o parlamentar não pode mais ser processado por perdas e danos materiais e morais em virtude de opiniões, palavras e votos no exercício de suas funções.

Conforme afirma Bittencourt (2010, p. 206), “A imunidade parlamentar é um privilégio ou prerrogativa de Direito Público interno e de cunho personalíssimo no sentido de que não pode ser estendida a ninguém, decorrente da função exercida.”

Para Bittencourt (2008 apud NUCCI, 2017, p. 206-207), faz-se importante destacar a diferença entre a imunidade material e a imunidade formal, onde a imunidade material diz respeito à inviolabilidade do parlamentar no exercício do mandato, pelas opiniões, palavras e/ou votos proferidos, enquanto a imunidade formal refere-se à prerrogativa de foro, ou seja, ao processo e julgamento.

“A imunidade parlamentar visa assegurar o livre exercício das funções públicas dos deputados e senadores, mas não deve conceder aos representantes do povo uma impunidade assegurada por seus pares.” (MIRABETE, 2009, p. 68).

6 O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO EM OUTROS PAÍSES

O estudo “Foro Privilegiado: pontos negativos e positivos”, produzido pelo consultor legislativo da Câmara dos Deputados Newton Tavares Filho, em julho de 2017, analisou como funciona o sistema de julgamento de autoridades em 16 países (França, Itália, Alemanha, Portugal, Espanha, Áustria, Dinamarca, Noruega, Suécia, Estados Unidos, México, Venezuela, Colômbia, Peru, Chile e Argentina). “Nenhum país estudado previu tantas hipóteses de foro privilegiado como previu a Constituição Brasileira de 1988”, conclui o relatório do consultor legislativo (ROXO, 2017).

Na Alemanha, o único que detém foro é o presidente, o qual responde por seus delitos na Corte Constitucional durante o mandato. Na Suécia, o Rei tem imunidade absoluta. Nenhuma outra autoridade possui foro privilegiado. Na Noruega, o Rei também possui imunidade, além de conselheiros de Estado, ministros da Suprema Corte, além dos representantes do parlamento.

Já em Portugal, possuem foro o Presidente, o Primeiro-ministro e o Presidente da Assembleia Nacional. Eles são julgados pelo Supremo Tribunal de Justiça, mas apenas em casos de crimes eventualmente praticados no exercício do mandato. Em caso de cometerem delitos no período que não guarda relação com a função, eles são julgados por um tribunal comum, mas apenas após saírem do poder. Os parlamentares de Portugal não têm qualquer benefício.

Em países como Inglaterra e Estados Unidos, nem seus respectivos presidentes ou chefe de Estado possuem o benefício:

Nos Estados Unidos, as ações que tenham por parte embaixadores, outros ministros e cônsules, e aquelas em que se achar envolvido um Estado, têm foro originário perante a Suprema Corte (Constituição americana, Art. III, Seção 2). O impeachment do Presidente e Vice-Presidente da República, assim como de todos os oficiais civis dos Estados Unidos, é julgado pelo Senado americano, mediante admissão da acusação pela Câmara dos Representantes (Art. I, Seções 2 e 3; Art. II, Seção 4). (TAVARES FILHO, 2015, p. 9).

Vladimir Passos de Freitas, ex-presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª região (TRF-4), que já estudou o funcionamento do foro privilegiado no mundo, disse que:

Não poderia dizer que não há nenhum país que seja como o Brasil no mundo, porque teríamos que pesquisar constituições de todas as nações, o que é muito difícil, mas o caso brasileiro é raro. Os países mais desenvolvidos não têm foro e as autoridades respondem diante dos juízes de primeiro grau. (FREITAS apud ROXO, 2017).

Segundo Freitas, a ampliação do número de autoridades com direito ao benefício no país aconteceu principalmente a partir da promulgação da Constituição de 1988 (ROXO, 2017).

Ainda acerca do foro especial por prerrogativa de função em outras constituições, Tavares Filho (2015, p. 9) destaca que a Constituição Francesa de 1958, no seu art. 67,¹⁹ dá ao Parlamento, quando convertido

¹⁹ Art. 67 – O Presidente da República não é responsável pelos atos realizados nessas funções, sujeito às disposições dos artigos 53-2 e 68. Não pode, durante o seu mandato e perante nenhum órgão jurisdicional ou autoridade administrativa francesa, ser convocado a depor, bem como ser objeto de uma ação, um ato de informação, de investigação ou de acusação. Qualquer prazo de prescrição ou caducidade é suspenso. As instâncias e procedimentos aos

em Alta Corte, a competência de destituição do Presidente da República, em caso de descumprimento de seus deveres manifestamente incompatível com o exercício de seu mandato. “No exercício do mesmo, o Presidente da República não pode ser sujeito a nenhuma ação, ato de instrução ou ato persecutório perante nenhuma jurisdição ou autoridade administrativa francesa.” (FRANÇA, 1958).

Na América do Sul, para Tavares Filho (2015, p. 9), a Constituição Argentina de 1994, nos arts. 53 e 59 adota a prerrogativa de foro, mesmo que de forma restrita:

Limitando-se a dar à Câmara dos Deputados o direito de acusar perante o Senado, que exerce o poder de julgar, o Presidente, o Vice-Presidente, o chefe de gabinete de Ministros, os Ministros e os membros da Corte Suprema, por mau desempenho nas suas funções ou por crimes de responsabilidade e comuns. (ARGENTINA, 1994).

É notável que o Brasil esteja entre os países que mais tem cargos e/ou indivíduos que tem o benefício do foro por prerrogativa de função garantido por sua legislação. Dessa maneira, ainda no sentido oposto aos principais países democráticos do mundo, que restringem o benefício a poucos cargos ou até mesmo não possuem foro especial para o tema.

7 LIMITAÇÃO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO A CRIMES DURANTE E EM FUNÇÃO DO CARGO (AÇÃO PENAL 937 DO STF)

No dia 03 de maio de 2018, o Supremo Tribunal Federal, após cinco sessões plenárias discutindo a Ação Penal 937, decidiu dar nova interpretação ao foro por prerrogativa de função. A partir de então, a prerrogativa aplica-se

quais assim é feito obstáculo podem ser retomadas ou contratadas contra ele à expiração de um prazo de um mês após a cessação das funções. (FRANÇA, 1958).

apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados à função desempenhada. A decisão se restringe apenas a crimes cometidos por deputados federais e senadores.

Os aspectos discutidos foram: i) alcance da prerrogativa de função em relação ao crime praticado – *qualquer crime comum ou apenas os relacionados às funções exercidas?*; ii) alcance da prerrogativa de função em relação ao tempo do cometimento do crime – *qualquer tempo ou apenas os crimes praticados durante o exercício do cargo ou mandato?*; iii) momento processual limite para a alteração do foro em razão da alteração da condição funcional ou do mandato eletivo exercido pelo agente – *independe do estágio da ação penal ou condiciona-se a determinada fase processual?*

Prevaleceu no julgamento o voto do relator da questão, ministro Luís Roberto Barroso, conforme sua conclusão:

A partir do final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais – do STF ou de qualquer outro órgão – não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo. A jurisprudência desta Corte admite a possibilidade de prorrogação de competências constitucionais quando necessária para preservar a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional. Precedentes. III. Conclusão Resolução da questão de ordem com a fixação das seguintes teses: “(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo”. Aplicação da nova linha interpretativa aos processos em curso. Ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e demais juízos com base na jurisprudência anterior. (BRASIL, 2018).

Como bem descreve o ministro Barroso em seu voto, há de se alterar o entendimento sobre a prerrogativa para a diminuição dessa benesse aos crimes praticados dentro do mandato e em razão do mesmo. Ainda, discorre pela morosidade nos processos, impedindo assim a responsabilização desses agentes públicos pelos delitos cometidos, evidente no trecho: “A experiência e as estatísticas revelam a manifesta disfuncionalidade do sistema, causando indignação à sociedade e trazendo desprestígio para o Supremo.” Há, então, a necessidade de que haja a causalidade entre o crime e a posição que o agente ocupa, para que esse instituto se sustente constitucionalmente, conforme a decisão do STF:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, resolveu questão de ordem no sentido de fixar as seguintes teses: “(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo”, com o entendimento de que esta nova linha interpretativa deve se aplicar imediatamente aos processos em curso, com a ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior, conforme precedente firmado na Questão de Ordem no Inquérito 687 (Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25.08.1999), e, como resultado, no caso concreto, determinando a baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro para julgamento, tendo em vista que (i) os crimes imputados ao réu não foram cometidos no cargo de Deputado Federal ou em razão dele, (ii) o réu renunciou ao cargo para assumir a Prefeitura de Cabo Frio, e (iii) a instrução processual se encerrou perante a 1ª instância, antes do deslocamento de competência para o Supremo Tribunal Federal. Vencidos: em parte, os Ministros Alexandre de Moraes e Ricardo Lewandowski,

que divergiam do Relator quanto ao item (i); em parte, o Ministro Marco Aurélio, que divergia do Relator quanto ao item (ii); em parte, o Ministro Dias Toffoli, que, em voto reajustado, resolveu a questão de ordem no sentido de: a) fixar a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar os membros do Congresso Nacional exclusivamente quanto aos crimes praticados após a diplomação, independentemente de sua relação ou não com a função pública em questão; b) fixar a competência por prerrogativa de foro, prevista na Constituição Federal, quanto aos demais cargos, exclusivamente quanto aos crimes praticados após a diplomação ou a nomeação (conforme o caso), independentemente de sua relação ou não com a função pública em questão; c) serem inaplicáveis as regras constitucionais de prerrogativa de foro quanto aos crimes praticados anteriormente à diplomação ou à nomeação (conforme o caso), hipótese em que os processos deverão ser remetidos ao juízo de primeira instância competente, independentemente da fase em que se encontrem; d) reconhecer a inconstitucionalidade das normas previstas nas Constituições estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal que contemplem hipóteses de prerrogativa de foro não previstas expressamente na Constituição Federal, vedada a invocação de simetria; e) estabelecer, quando aplicável a competência por prerrogativa de foro, que a renúncia ou a cessação, por qualquer outro motivo, da função pública que atraía a causa penal ao foro especial, após o encerramento da fase do art. 10 da Lei nº 8.038/90, com a determinação de abertura de vista às partes para alegações finais, não altera a competência para o julgamento da ação penal; e, em parte, o Ministro Gilmar Mendes, que assentou que a prerrogativa de foro alcança todos os delitos imputados ao destinatário da prerrogativa, desde que durante a investidura, sendo desnecessária a ligação com o ofício, e, ao final, propôs o início de procedimento para a adoção de Súmula Vinculante em que restasse assentada a inconstitucionalidade de normas de Constituições Estaduais que disponham sobre a competência do Tribunal de Justiça para julgar autoridades sem cargo similar contemplado pela Constituição Federal e a declaração incidental de inconstitucionalidade dos incisos II e VII do art. 22 da Lei 13.502/17; dos incisos II e III e parágrafo único do art. 33 da Lei Complementar 35/79; dos arts. 40, III, V, e 41, II, parágrafo único, da Lei 8.625/93; e do art. 18,

II, “d”, “e”, “f”, parágrafo único, da Lei Complementar 75/93. Presidiu o julgamento a Ministra Carmen Lúcia. Plenário, 3.5.2018. (BRASIL, 2018).

Pelo novo entendimento da corte, a prerrogativa de foro só incidirá:

i) aos crimes que tenham relação com o cargo ou mandato eletivo exercido; ii) aos crimes praticados no exercício do cargo ou mandato que a confere; iii) finalizada a instrução processual e publicado o despacho de intimação das partes para apresentação de alegações ou memoriais, encerra-se a possibilidade de deslocamento da competência para o julgamento, sendo irrelevante se o agente, depois desse momento, passou a ocupar cargo ou a exercer mandato a que conferidos prerrogativa de função ou se deixou de exercê-lo.

Assim como na imunidade material, o foro por prerrogativa de função faz necessária a existência do nexo funcional entre a manifestação reputada ofensiva ou conduta delituosa e o exercício do mandato.

Para Capez (2015, p. 94), “É necessário, contudo, que exista nexo funcional entre a manifestação reputada ofensiva e o exercício do mandato, pois a garantia somente se impõe quando imprescindível para o livre desempenho da função legislativa [...]”

Anterior a essa votação, alguns ministros do Supremo já sinalizavam o seu posicionamento para com o tema. A Ministra Carmen Lúcia, em entrevista concedida à revista Época, em abril de 2016, disse:

Sou contrária a esse foro especial para qualquer pessoa. E já votei assim. Acho que qualquer um de nós tem de responder em igualdade de condições. Uma característica essencial da República é a igualdade. Temos ótimos juízes, competentes e sérios no Brasil. Não vejo nenhuma razão para que casos de algumas pessoas sejam transferidos para o Supremo. (ROCHA, 2016).

No mesmo sentido se posicionou o Ministro Luiz Roberto Barroso, em palestra no Centro Universitário de Brasília, no final de janeiro de 2016:

Foro por prerrogativa de função é um desastre para o país, a minha posição é extremamente contra [...] É péssimo o modelo brasileiro e estimula fraude de jurisdição, na qual, quando nós julgamos, o sujeito renuncia, ou quando o processo avança, ele se candidata e muda a jurisdição. O sistema é feito para não funcionar. [...]A autoridade, o parlamentar, as pessoas que estão expostas às vezes a um determinado tipo de má vontade ou de perseguição, elas podem ter algum tipo de proteção institucional, mas isso se realizaria com juízo de primeiro grau, em Brasília, com recursos para o Supremo ou o STJ (Superior Tribunal de Justiça). (FORO..., 2016).

Já o Ministro do STF Gilmar Mendes, no evento “Desafios ao Estado de Direito na América Latina – Independência Judicial e Corrupção”, promovido pela FGV Direito SP, pelo *Bingham Centre for the Rule of Law* (Londres) e pelo escritório global de advocacia Jones Day, deixou clara a falta de estrutura para que o Supremo julgue todos os casos que envolvam foro privilegiado:

Há um elenco muito significativo (de pessoas com foro privilegiado). O modelo foi pensado para situações excepcionais. Mas no Brasil temos neste momento, creio eu, 90 parlamentares investigados, dos quais 45 ou alguma coisa assim já com ação em tramitação. Esperava-se que fosse um número excepcional, mas infelizmente isso se tornou algo um tanto quanto comum. [...] Depende de emenda constitucional, mas acredito que já há um bom consenso na percepção de que processos não podem estar originariamente no STF [...] Depois que o STF aplicou penas elevadas, eles (parlamentares) começaram a achar desinteressante o foro privilegiado. (INHESTA; MAGNABOSCO, 2016).

É certo que os processos destinados a graus superiores de jurisdição, de exceção se tornaram regra, principalmente quando se trata de foro especial de cargos políticos, fazendo com que seus julgamentos se deem de maneira mais lenta.

8 PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL (PEC 333/2017)

A Proposta de Emenda à Constituição n. 333/2017, pronta para ser votada no plenário da Câmara dos Deputados, extingue o foro privilegiado. A proposta foi aprovada em dezembro de 2018, onde foi mantido o texto já aprovado no Senado em maio de 2017, o qual prevê foro por prerrogativa de função apenas para os chefes dos três poderes, ou seja, o Presidente e Vice-presidente da República, os Presidentes da Câmara, do Senado e do Supremo Tribunal Federal (STF).

Caso a Câmara dos Deputados aprove a PEC e ela seja promulgada pelo Congresso, as autoridades não mencionadas anteriormente perderão a prerrogativa e passarão a ser processadas e julgadas na primeira instância, como cidadãos comuns.

9 CONCLUSÃO

O presente artigo busca ponderar os prós e os contras contidos no instituto do foro por prerrogativa de função, encontrado na Constituição Federal em seu art. 102, I, “b” e “c”; art. 105, I, “a”, bem como no Código de Processo Penal em seu art. 84.

Mais evidente na CF/88, onde houve um aumento significativo no número de autoridades com direito a prerrogativa, as Constituições Estaduais que tiveram sua promulgação na sequência, trouxeram ainda mais indivíduos para dentro desse foro.

O foro especial surgiu para impedir que as funções exercidas por agentes públicos fossem afetadas por acusações motivadas por interesses

políticos. O benefício é concedido ao cargo, não ao indivíduo, sendo assim, ao deixar o cargo, perde-se a prerrogativa.

Alcançando aproximadamente 45 mil indivíduos, o benefício faz com que tribunais passem a ser competentes, não devendo ser. É o caso do Supremo Tribunal Federal, que tem como competência originária julgar questões relacionadas à Constituição Federal e, não sendo preparados para julgar esses recursos, os processos andam mais lentamente, fazendo que as eventuais condenações levem muito tempo ou até mesmo prescrevam os crimes.

Ao longo do tempo, evidente ficou o uso errado desse benefício, principalmente por autoridades políticas e de cargos eletivos. É inegável que o foro por prerrogativa de função, popularmente conhecido como foro privilegiado, se tornou uma verdadeira porta à impunidade.

Em maio de 2018, o Supremo Tribunal Federal deu nova interpretação ao foro por prerrogativa de função. Agora, a prerrogativa aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados à função desempenhada. Um grande avanço para o fim do benefício.

Quase em paralelo com a decisão do STF, o Senado aprovou a PEC n. 333/2017, que restringe a prerrogativa apenas aos chefes dos três poderes, ou seja, o Presidente e Vice-presidente da República e Presidentes da Câmara, do Senado e do Supremo Tribunal Federal (STF).

A redução se dá pelo clamor popular e a sensação de impunidade que o instituto transmite. Com a morosidade dos processos em instâncias superiores, aqueles que possuem foro buscam nesse um escudo para investigações e condenações. O foro por prerrogativa de função deixou de exercer o seu papel na proteção daqueles a serem julgados e também de seus julgadores, para virar uma ferramenta de impunidade.

É notável que o Brasil esteja na contramão das principais democracias mundiais, persistindo na continuação do foro por prerrogativa de função é seguir no retrocesso.

A conduta delituosa sempre será praticada pelo indivíduo, de acordo com sua moral e seu caráter, construídos por suas vivências, sua história, sua educação. O cargo, posição ou função que ocupa, mesmo que o facilite para o ilícito, jamais será o agente causador do delito, não podendo assim o verdadeiro agente eximir-se das responsabilidades e consequências geradas por seus atos.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. *Constitución de la Nacion Argentina*. Santa Fe, 22 de agosto de 1994. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0039.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2019.

AVENA, N. *Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Método, 2018.

BITTENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. *Constituição do Império*. Política do Império do Brazil de 1824. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 17 jun. 2019.

BRASIL. *Constituição*. Estados Unidos do Brasil de 1891. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 17 jun. 2019.

BRASIL. *Constituição*. Estados Unidos do Brasil de 1934. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 17 jun. 2019.

BRASIL. *Constituição*. Estados Unidos do Brasil de 1937. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 17 jun. 2019.

BRASIL. *Constituição*. Estados Unidos do Brasil de 1946. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 17 jun. 2019.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1967. Brasília, DF, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 17 jun. 2019.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 jun. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Estabelece o Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 937*. Rio de Janeiro, 17 maio 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>. Acesso em: 30 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Penal 937. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. *JusBrasil*, Brasília, DF, 3 maio 2018a. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/37930884/processo-n-937-do-stf>. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 394. Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício. (Cancelada). *Diário Eletrônico da Justiça*, Brasília, DF, 12 maio 1964. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 451. A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional. *Diário Eletrônico da Justiça*, Brasília, DF, 11 dez. 2018b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2>. Acesso em: 17 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 704. Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados. *Diário Eletrônico da Justiça*, Brasília, DF, 13 out. 2003a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2645>. Acesso em: 17 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 721. A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição estadual. *Diário Eletrônico da Justiça*, Brasília, DF, 13 out. 2003b. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina =sumula_701_800. Acesso em: 16 set. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PEC 333/2017. Altera os arts. 5º, 37, 96, 102, 105, 108 e 125 da Constituição Federal para extinguir o foro especial por prerrogativa de função no caso de crimes comuns, e revoga o inciso X do art. 29 e o § 1º do art. 53 da Constituição Federal. Brasília, DF, 11 dez. 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pec-333-17-extinguir-o-foro-especial-1>. Acesso em: 30 out. 2019.

CANOTILHO, J. J. G. *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.

CAPEZ, F. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FORO privilegiado é um desastre para o país, diz Barroso. Terra Notícias, [s. l.], 31 mar. 2016. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/politica/lava-jato/foro-privilegiado-e-um-desastrep-para-o-pais-dizbarroso,-d995f0474387a747bff0fcb6148c0c8buwjmalxv.html>. Acesso em: 16 set. 2019.

FRANÇA. *Constituição*. Paris, 1958. Disponível em: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf. Acesso em: 30 out. 2019.

INHESTA, S.; MAGNABOSCO, A. Gilmar Mendes diz não ver influência do processo de impeachment em julgamento da posse de Lula. *Estadão*, [s. l.], 18 abr. 2016. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,gilmar-mendes-diz-nao-ver-influencia-do-processo-de-impeachment-em-julgamento-da-posse-de-lula,10000026857>. Acesso em: 16 set. 2019.

MIRABETE, J. F. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. Arts. 1º a 120 do CP. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NUCCI, G. de S. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, G. de S. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ROCHA, C. L. A. “O povo está cansano de brigar”. Revista *Época*, [s. l.], 16 abr. 2016. [Entrevista cedida a] Ruth Aquino na Revista *Época*. Disponível em: <https://epoca.globo.com/tempo/noticia/2016/04/carmen-lucia-o-povo-esta-cansando-de-brigar.html>. Acesso em: 16 set. 2019.

ROXO, S. Foro privilegiado no Brasil é mais amplo comparado a outros 20 países. *O Globo*, São Paulo, 24 fev. 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/foro-privilegiado-no-brasil-mais-amplio-comparado-outros-20-paises-20973826>. Acesso em: 16 set. 2019.

SILVA, R. B. D. da. *Manual de Direito Constitucional*. Barueri: Manole, 2007.

TAVARES FILHO, N. *Foro Por Prerrogativa de Função no Direito Comparado – Estudo realizado para a Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/25999>. Acesso em: 16 set. 2019.

TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. *Curso de Direito Processual Penal*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

TOURINHO FILHO, F. da C. *Prática de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE CAMPOS NOVOS: DIFICULDADES E PERCEPÇÕES DOS ENVOLVIDOS

Magda Cristiane Detsch da Silva¹

Thaís Lizandra de Souza²

Resumo: O Juizado Especial Cível foi criado para desburocratizar o Poder Judiciário, historicamente criticado pela demora na prestação jurisdicional. Ainda, foi idealizado como instrumento de efetivação do acesso à justiça, para aquelas causas de menor complexidade, cuja resposta passaria a ser mais rápida e menos burocrática, tendo como base o espírito da conciliação. A Lei n. 9.099/95 estabelece as diretrizes para os processos que tramitam nos Juizados Especiais, notadamente a delimitação de sua competência, as partes autorizadas a litigar pelo procedimento especial, os juízes-leigos e os conciliadores. Já se passaram 24 anos da promulgação da Lei que criou o Juizado Especial e muitos são os questionamentos acerca do atendimento aos objetivos pelos quais foi criado, do atendimento ao princípio do acesso à justiça e da rápida solução dos litígios que lhe são levados a conhecimento. Assim, o presente artigo objetiva em um primeiro momento, por meio de pesquisa bibliográfica, descrever a sua criação e evolução, seus princípios basilares, a sua competência e os sujeitos do processo. Para, em um segundo momento, por meio de pesquisa qualitativa, apontar as dificuldades e percepções das pessoas que diretamente atuam junto ao Juizado Especial Cível da Comarca de Campos Novos. Para responder ao problema de pesquisa, foram realizadas entrevistas com os 3 (três) advogados que possuem considerável demanda no Juizado Especial Cível, uma servidora da justiça que atua no Juizado Especial e com o Magistrado responsável pelos processos que tramitam no Juizado Especial da Comarca de Campos Novos.

Palavras-chave: Juizado Especial Cível. Acesso à Justiça. Dificuldades dos envolvidos no Juizado Especial Cível de Campos Novos.

¹ Mestra em Educação pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; magda.dasilva@unoesc.edu.br

² Graduanda no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; thaisl_1997@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

Os Juizados Especiais foram inseridos em nosso ordenamento jurídico com o objetivo de facilitar o acesso à justiça, especialmente àquelas pessoas mais desamparadas pela tutela estatal.

O referido instituto, ao decorrer dos anos, passou por grandes transformações, no que se refere ao seu procedimento, assim como no que diz respeito aos seus objetivos. Historicamente, a Lei n. 9.099/95 inspirou-se na Lei n. 7.244/85, conhecida como Lei dos Juizados das Pequenas Causas, a qual procurava solucionar os litígios de menor complexidade.

Foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que se determinou a criação dos Juizados Especiais, na forma que conhecemos atualmente, com o objetivo genuíno de desafogar o judiciário e, ao mesmo tempo, conceder o efetivo acesso à justiça a todos.

Assim, os Juizados Especiais Cíveis, pertencentes à Justiça Comum, tanto no âmbito Estadual quanto Federal, carregam uma história de enfrentamento às amarras burocráticas e às formalidades presentes no judiciário.

Contudo, há limites para a atuação do aludido instituto, assim como algumas peculiaridades no que se refere aos valores e às pessoas que ocupam os polos das ações, visto que, em razão da simplicidade, algumas entidades, a título de exemplo, os entes da federação, necessitam ajuizar suas ações nas vias ordinárias.

Desta forma, os Juizados Especiais Cíveis possuem a grande tarefa de solucionar os embates trazidos ao judiciário, especialmente por meio da conciliação. Nesse passo, os conciliadores, estagiários e juízes leigos, necessitam utilizar de seus conhecimentos jurídicos e humanos para conduzir as partes, quando possível, à realização de um acordo mutuamente favorável.

E, a fim de verificar a aplicação prática deste sistema, é que se pretende apresentar as dificuldades e percepções dos advogados, servidora e

juiz, que atuam no Juizado Especial Cível da Comarca de Campos Novos/SC, pois a discussão se revela importante visto que as pretensões do legislador, embora tenham sido, em partes, satisfeitas, ainda assim encontram muitos percalços para sua concretização.

Mas, para que se possa compreender as dificuldades enfrentadas, é necessário, primeiramente, conhecer as peculiaridades dos processos que tramitam nos Juizados Especiais.

Para tanto, serão abordados os aspectos relativos ao surgimento e evolução dos Juizados Especiais Cíveis, os princípios que norteiam os seus processos e a sua serventia como instrumento de acesso à justiça. Também sobre a sua competência, as partes admitidas em seus processos, os juízes leigos e os conciliadores. Essa abordagem decorre de uma pesquisa bibliográfica.

Na sequência, apresentam-se os resultados obtidos pela pesquisa qualitativa, mediante questionário devidamente aprovado pelo Comitê de Ética e Pesquisa da Unoesc, por meio de entrevista gravada e, posteriormente, degredadas para o presente artigo, com o objetivo de identificar as dificuldades e percepções dos atuantes junto ao Juizado Especial Cível da Comarca de Campos Novos, SC.

Insta salientar que os advogados participantes da pesquisa foram escolhidos dentre os mais atuantes na referida Comarca, tendo em vista a atuação desta autora na condição de estagiária da aludida localidade. Ademais, o número de advogados entrevistados foi limitado a 3 (três) devido à limitação do presente artigo, não e desconhecendo, entretanto, a possibilidade de uma amostra maior, no intuito de angariar informações quanto às dificuldades e percepções da classe.

2 DO SURGIMENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

O Juizado Especial Cível é considerado uma justiça ordinária associada ao poder judiciário, com o intuito de dirimir os conflitos de sua

competência, as causas de menor complexidade, de uma forma célere e eficaz (PARIZATTO, 2017, p. 1).

Consoante afirmação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ):

Os juizados especiais são um importante meio de acesso à justiça, pois permitem que os cidadãos busquem soluções para seus conflitos cotidianos de forma rápida, eficiente e gratuita. Eles são órgãos do Poder Judiciário, disciplinados pela Lei n. 9.099/95. (PARIZATTO, 2017, p. 1).

Desde sua origem, a demora na resolução das demandas levadas ao poder judiciário, era alvo de crítica por Rui Barbosa (1920), posto que investia contra o patrimônio, a honra e a liberdade dos envolvidos, culminando em uma de suas frases mais renomadas “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.” (ARAÚJO, 2014, p. 17).

Entretanto, visando solucionar esses dilemas, no modelo da sociedade atual, o instituto passou por grandes transformações. De início, cumpre esclarecer que, anteriormente à sua criação, houve um movimento denominado “Monumento a Liebman”, o qual fazia alusão ao Código Civil de 1973, momento em que, diversos juristas celebravam o início de uma nova era, do modelo ideal de acesso à justiça (ROCHA, 2017, p. 3).

Contudo, as grandes expectativas semeadas em razão da publicação da legislação, foram desmistificadas em virtude da excessiva solenidade, inspirada nos ideais iluministas, transformando os processos e, conseqüentemente, o sistema jurídico, em institutos limitados.

Nesse contexto, surgiu no Rio Grande do Sul um movimento arquitetado por juristas em defesa ao sistema de conciliação, como mecanismo de dirimir o fluxo de litígios judiciais, sendo por eles defendida a desconstrução da tradição brasileira acerca da ausência do diálogo para solução dos conflitos.

Para tanto, utilizou-se a descentralização do ideal constituído, a fim de estabelecer, com o consentimento e o espírito dos envolvidos, um sistema jurídico de forma a solucionar os impasses. Assim é que, em caráter

experimental, foram criados no estado gaúcho, no início da década de 1980, os Conselhos de Conciliação e Arbitramento, que existiam sem base legal e funcionavam após o expediente forense.

Concomitantemente, em São Paulo foram instituídas as Juntas Informais de Conciliação, mudanças que foram bem recebidas pela população e acarretaram grandes frutos à sociedade, devido ao seu sucesso.

E vislumbrando esse cenário favorável, o Governo Federal, por meio do seu Ministério da Desburocratização, à época comandado pelo Ministro Hélio Brandão, reuniu juristas no intuito de elaborar um anteprojeto destinado a introduzir no sistema judiciário brasileiro um novo modelo de órgão judicial.

Nesse passo, a comissão formada por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, João Geraldo Carneiro, Candido Rangel Dinamarco, dentre outros juristas, resolveram apresentar o Juizado de Pequenas Causas, com enfoque especial na conciliação, inspirado em outros já existentes em diversos países, assim como na Constituição Federal de 1934, a qual fazia menção ao instituto em questão, contudo jamais havia sido implantado.

Os resultados destas deliberações culminaram no Projeto de Lei n. 1.950/1983, encaminhado ao Congresso Nacional e aprovado, acarretando na Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984. Aludida legislação criava um Juizado para Pequenas Causas, assim aferidas por seu valor econômico, baseado na informalidade, celeridade e oralidade, mais, especialmente, com enfoque na conciliação.

Na intenção de se fazer cumprir o mandamento legal, era prevista uma audiência conciliatória, conduzida, preferencialmente, por um conciliador. E sua atuação foi expandindo-se para diversos estados do país, destinado especialmente às pessoas mais carentes, sendo as custas processuais em muito reduzidas.

Com a vinda da Constituição Federal de 1988, o Juizado de Pequenas Causas foi reconhecido e mantido, com a competência de apreciar as causas

de valores módicos. Entretanto, além do referido instituto, a Lei abarcou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a serem regulados e criados por lei ordinária, sendo a sua competência para a conciliação, julgamento e execução, respectivamente, das causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo.

Com a novidade conferida pela Carta Magna, alguns estados, com fulcro no art. 24, inciso X, criaram aludidos Juizados Especiais, como exemplos os estados do Mato Grosso do Sul (Lei n. 1.071/90), do Rio Grande do Sul (Lei n. 9.442/91) e o estado de Santa Catarina (Lei n. 1.141/93). Todavia, em que pesem as boas intenções dos estados-membros, o Supremo Tribunal Federal vetou as leis supracitadas, asseverando outrossim, que a sua vigência dependia da existência de lei ordinária federal.

Nesse ínterim, foram apresentados diversos projetos para regular a disposição constitucional do art. 98, inciso I, dentre os quais, mais se destacaram os projetos de Jorge Arbage (PL 1.129/88), Michel Temer (PL 1.480-A/89), Manoel Moreira (PL 1.708/89), dentre outros. Assim é que, em 1995, Ibrahim Abi-Ackel, apresentou como um substituto, realizando a fusão dos projetos de Nelson Jobim (PL 3.698/89), que versava acerca dos Juizados Especiais Cíveis, com o projeto de Michel Temer, que discorria acerca dos Juizados Especiais Criminais.

O substituto foi aprovado, embora prescindido da devida harmonização legislativa, foi sancionado pelo então Presidente da República, tornando-se a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, possuindo em seu teor, a regulamentação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Todavia, insta frisar que o advento da Lei dos Juizados Especiais trouxe consigo a expressa revogação da Lei n. 7.244/84 (Juizado de Pequenas Causas). Isso porque, até então, compreendia-se que se tratavam de institutos diferentes, uma vez que, nem todas as ações de pequeno valor são simples, assim como nem todas as ações simples são de pequeno valor.

Desse modo, verificou-se que a Lei dividiu a competência cível em causas de pequeno valor econômico (40 salários-mínimos) e causas especiais em virtude da matéria (causas de menor complexidade). Assim, o que se pode perceber, em relação a matéria cível, foi a integral cópia da lei anterior (Juizado de Pequenas Causas), retirando, outrossim, a arbitragem e a interposição do recurso inominado, ocasionando uma lacuna na legislação atual.

De outra banda, não se pode duvidar que a Lei n. 9.099/95 trouxe diversos avanços no que tange aos seus atos executórios que, inclusive, foram incorporados ao Código de Processo Civil. Ademais, o procedimento adotado foi reproduzido para a Justiça do Trabalho (Lei n. 9.957/2000), para a Justiça Federal (Lei n. 10.259/2001) e para o Juízo Fazendário estadual, municipal e distrital (Lei n. 12.153/2009). E, ainda, o Juizado Especial, pela primeira vez recebeu menção em um Código, qual seja o Código de Processo Civil de 2015, possuindo tratamento nos artigos 1.062 a 1.066, bem como menção no caso de demandas repetitivas.

3 DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Os Juizados Especiais Cíveis, dentre outros objetivos, visam assegurar o princípio constitucional do acesso à justiça. Para tanto, almejando deixar de lado o formalismo jurídico, foram apresentados como princípios norteadores a oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

Ao mencionar a oralidade processual, nos remetemos ao jurista italiano, Giuseppe Chiovenda, o qual relutava ao processo estritamente escrito. Segundo seu entendimento, o princípio em comento não se limitava à possibilidade de manifestar-se oralmente em substituição a escrita. Vai muito além, pois, a manifestação oral, leva o julgador a refletir de maneira

diversa, tornando sua decisão muito mais interessante, considerando que não se baseará tão-somente na leitura textual (AZEVEDO, 2012).

O princípio em questão permite que as partes expressem os fatos que lhes afligem, com maior facilidade, visto que estarão na presença das demais partes envolvidas no processo, inclusive para fins de aferir sua real intenção. Impende destacar que nada obsta que os servidores transcrevam os dizeres das partes, de forma a ser compreendida por todos (ALTHAUS, 2011).

E a tendência é que cada vez mais se utilize do princípio em tela, isso porque aproxima o jurisdicionado do magistrado, facilitando a solução do litígio e correlacionando-se com os princípios da imediatividade, irrecorribilidade das decisões e da identidade física do juiz. E desta forma, as partes podem melhor expressar seus anseios, livre das amarras processuais (AZEVEDO, 2012).

Outrossim, a adoção de um procedimento menos formal, não significa a eliminação do processo escrito, mas sim a retirada de medidas que são, ao certo, empecilhos processuais (AZEVEDO, 2012).

Com efeito, o princípio da oralidade é a convivência entre a linguagem escrita e falada. Aliás, a segunda serve para sustentar a primeira, presente na petição inicial, na contestação, na inspeção judicial, dentre outros, estando ausente no momento da interposição de recurso inominado (ROCHA, 2017, p. 28).

É por esta razão que o princípio em análise é mencionado pelos juristas como “*viga mestra da técnica processual*”, isso porque todos os mecanismos previstos na legislação podem ser utilizados, contanto que sejam realizados de forma oral (FIGUEIRA JÚNIOR, 2017, p. 92).

A simplicidade e a informalidade, de igual modo, contribuem para o procedimento dos Juizados Especiais, que tutelam as causas de menor valor e menor complexidade, pois desburocratizam as formalidades necessárias do rito ordinário, possibilitando o acesso das classes sociais mais inferiores e aceleram os atos processuais (AZEVEDO, 2012).

A Lei atentou-se para a simplicidade do procedimento a ser adotado, de modo que as camadas sociais menos favorecidas pudessem, de igual modo, receber o amparo estatal. E é nesse contexto a necessidade de evitar expressões jurídicas complexas, especialmente o latim, orientando os serventuários a utilizarem uma linguagem acessível (ARAÚJO, 2014, p. 25-26).

No mesmo espírito, visando a simplicidade do processo, a legislação prevê a possibilidade de dispensar a presença de advogado nas causas que não excedam 20 salários-mínimos, contudo, sua presença se faz imperiosa nas causas entre 20 a 40 salários-mínimos, assim como em grau de recurso, perante as turmas recursais (ARAÚJO, 2014, p. 26).

Com a adoção dos princípios em comento, pretende-se, sem causar prejuízos à tutela jurisdicional, em um menor tempo, solucionar as demandas que batem às portas do judiciário. Tanto é que, os pedidos devem ser formulados de maneira simples e em linguagem acessível (AZEVEDO, 2012).

Nesse contexto, não se pretende criar regras como alusão ao direito alternativo ou escola do direito livre, mas sim, seguir o rito sumaríssimo, previsto na Constituição Federal, em seu artigo 98, inciso I, onde é necessário conferir maior oralidade, simplicidade, informalidade e agilidade às causas ajuizadas perante o Juizado Especial (FIGUEIRA JÚNIOR, 2017, p. 97).

Diante desses objetivos, o princípio da informalidade permite ao julgador utilizar-se de uma maior flexibilidade na condução do processo, manejando, para tanto, da instrumentalidade das formas, ou seja, o ato processual será válido, embora realizado de forma diversa, desde que não cause prejuízo as partes, caso em que ocorreria sua nulidade (ARAÚJO, 2014, p. 27).

Isto é, devem ser respeitadas as normas de direito constitucional, sendo que o princípio da informalidade visa resguardar outro princípio basilar da legislação, qual seja a celeridade, assegurando a segurança jurídica, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

O princípio da economia processual, por sua vez, diz respeito a obtenção do máximo resultado, empregando poucos comandos processuais.

Um dos exemplos em que aludido princípio se faz presente, é na possibilidade de pedidos alternativos ou cumulativos na petição inicial, forte no artigo 15 da Lei n. 9.099/95.

De maneira direta ou indireta, os princípios supramencionados visam garantir, em suma, outro princípio dos Juizados Especiais, qual seja a celeridade. É importante destacar que, em demandas que exigem maiores estudos, há, por vezes, o detrimento da celeridade, no intuito da obtenção da segurança jurídica.

Mas não se pode tomar referidas situações como regra, isso porque a demora na prestação jurisdicional pode ocasionar no perecimento do direito, sendo que a lentidão não pode simbolizar a qualidade, ao passo que, no mesmo sentir, a rapidez não deve significar uma prestação jurisdicional inferior.

Assim, almeja-se garantir o acesso à justiça de maneira célere e eficaz, ainda mais após a publicação da Emenda Constitucional n. 45, ocasião em que o princípio da celeridade ganhou *status* constitucional (artigo 5º, inciso LVIII) (CHIMENTI, 2010, p. 33).

4 DA IMPLANTAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS NO BRASIL COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça consiste em uma terminologia que se encontra em constante transformação. Em tempos não tão pretéritos, pode-se dizer que referida garantia consistia exclusivamente no acesso que o indivíduo prejudicado tinha em ajuizar ações, visando contestar seus direitos. Aludida situação ocorria especialmente em razão da visão egocêntrica dos cidadãos em relação à sociedade (CAPPELLETTI, 1988, p. 8).

É por esta concepção que o sistema jurídico precisa compreender que as formalidades do processo que, a todo custo, tentam afirmar a aparente igualdade dos litigantes, existem para atender às funções sociais. Assim, os juristas precisam avaliar os impactos que aludidos procedimentos refletem substancialmente na

vida dos litigantes, ou seja, em seu aspecto psicológico, político, econômico, dentre outros, e não somente jurídico (CAPPELLETTI, 1988, p. 12).

Desde os primórdios, o acesso à justiça era uma escada que não poderia ser alcançada por todos, mas sim, somente por aqueles que pudessem arcar com os seus custos e, deste modo, utilizar de seus institutos.

Outrossim, insta frisar que a dificuldade em garantir uma igualdade real e não apenas formal advém desde os estudos jurídicos que, em suma, são formalistas e dogmáticos, não conferindo espaço para a diversidade existente na sociedade.

E é por tal raciocínio que, à medida que as mudanças se pautarem na coletividade, poderão ir de encontro com as declarações de direitos humanos e, desta forma, o Estado assumirá a posição de garantidor, reconhecendo direitos e deveres sociais, tomando para si a responsabilidade da mudança de um Estado liberal para um Estado democrático, tal como ocorreu com a Constituição Francesa de 1946.

Com essa mudança de pensamento, cada vez mais a sociedade tem percebido as mais variadas áreas em que a atuação do Estado se faz necessária, especialmente em virtude do bem-estar social que se vivencia, isto é, a criação de novos direitos na qualidade de consumidores, locatários e cidadãos.

Pois bem, essa crescente de direitos, dotada de titularidades de seus usuários é inoperante na ausência de mecanismos para conquistá-los. Por esse ângulo é que devemos compreender que o acesso à justiça é a raiz dos direitos fundamentais e, portanto, não é sua função declarar que os cidadãos possuem direitos, mas sim assegurá-los, bem como as demais garantias constitucionais.

O direito de acesso à justiça, dada a sua magnitude, é reconhecido nas mais diversas legislações, tanto nacionais, quanto internacionais, dentre as principais a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, popularmente conhecida como Pacto de São José da Costa Rica (MORAIS, 2015).

No Brasil, o acesso à justiça é considerado um direito inerente à condição de humano e, ainda, abarca consigo objetivos tais como a redução da pobreza, equidade econômica e social, fazendo parte dos direitos fundamentais da Constituição Federal.

Nesse patamar, o direito em questão abrange não somente o acesso ao Poder Judiciário, pois, de tal forma, não se conferiria uma proteção jurídica efetiva, no sentido de assegurar o direito violado.

Enesse contexto, surgiu o Juizado Especial que, em suma, apresentou-se como verdadeiro refúgio e esperança aos jurisdicionados. Porém, não se pode culpá-los, uma vez que o precursor deste ideal foi o próprio constituinte (FIGUEIRA JÚNIOR, 2017, p. 105).

A legislação apresentou-se como verdadeiro anseio da sociedade, que encontrava no sistema judiciário brasileiro somente a pura ciência, prescindida das questões alusivas à sociedade, que, com o tempo, se transformava, assim como o direito material, verdadeiro objetivo e objeto do processo constituinte (FIGUEIRA JÚNIOR, 2017, p. 105).

5 DA COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Consoante dispõe a legislação em comento (artigo 3º da Lei n. 9.099/95), o Juizado Especial, independentemente do valor da causa, poderá submeter as ações de sua competência à conciliação (ROCHA, 2017, p. 16).

E, segundo o artigo 58 da legislação supracitada, cabe à União, aos Estados e ao Distrito Federal estender a aplicação do referido instituto, por meio de suas normas para organização judiciária, ainda que os valores da ação ultrapassem o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos ou não sejam de menor complexidade (ROCHA, 2017, p. 16).

Em suma, as atribuições do Juizado Especial Cível resumem-se a auto composição. Não se pode olvidar que a composição é a principal premissa deste órgão, sendo que os envolvidos serão os condutores deste

acordo, integrantes, portanto, de ambos os polos da relação jurídica criada (FIGUEIRA JÚNIOR, 2017, p. 85).

Ademais, os Juizados Especiais estão estruturados sob a ótica da tríplice conciliatória: a funcional, que diz respeito ao eficientismo, uma política do sistema judiciário, uma verdadeira equivalente jurisdicional, atuando na resolução célere.

Ademais, a pacificação ou coexistencialidade, fundamento atinente à resolução da lide, não vislumbrando a outra parte como adversário, assim como afastando os reflexos da sentença proferida pelo magistrado, no sentido de pender para um dos lados. Por fim, a participação, nada mais é que a participação do leigo negociando seus próprios direitos com o amparo estatal.

Segundo leciona Figueira Júnior (2017, p. 86), é bastante comum que, em Comarcas de menor porte, estejam cumuladas as unidades jurisdicionais. Assim, tem-se que, por exemplo, determinada vara cível esteja incumbida ao julgamento dos casos ajuizados perante o Juizado Especial.

Desta feita, poderá ocorrer a situação em que, determinada ação tramite perante o rito sumaríssimo, todavia, por exemplo, em razão da incapacidade civil do demandante, devesse ter sido ajuizada perante as vias ordinárias, que, neste caso, seria a mesma com atribuição aos julgados do Juizado Especial (FIGUEIRA JÚNIOR, 2017, p. 86).

6 DAS PARTES NOS PROCESSOS DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

A relação processual para que opere seus efeitos, em outras palavras, possa constituir-se em uma sentença de mérito, necessita preencher os campos da existência e da validade. Assim, nesta visão, são necessários o preenchimento de alguns requisitos denominados pressupostos processuais (FIGUEIRA JÚNIOR, 2017, p. 205).

A Lei n. 9.099/1995 preconiza em seu artigo 8^o³ as partes que podem ou não fazer parte de um dos polos da relação processual. Assim, referidas pessoas e instituições poderão ajuizar ações e participar do processo tanto em sua fase cognitiva quanto executiva (ROCHA, 2017, p. 73).

Cabe salientar que as proibições elencadas pela Lei não se referem somente ao ajuizamento da ação, mas, de igual maneira, caso se verifiquem algumas das hipóteses mencionadas, no curso do processo, o feito deverá ser encerrado, sem a resolução de mérito, uma vez que deve ser encarada como norma de ordem pública e, deste modo, podendo ser aventada em qualquer momento (ROCHA, 2017, p. 73).

Nesse contexto, no que tange à capacidade, no Juizado Especial não se admite a integração da capacidade, assistência ou representação, exigindo-se a capacidade plena (FIGUEIRA JÚNIOR, 2017, p. 207).

De mais a mais, embora a superveniência de impeditivos para a continuidade da demanda no rito previsto na legislação em comento, sendo possível reaproveitá-lo, poderá o juiz redistribuí-lo ao juízo competente para sua apreciação (FIGUEIRA JÚNIOR, 2017, p. 207).

Porém, deve-se tomar cuidado com relação à arguição das referidas proibições, porquanto tem-se uma presunção em favor do demandante e, nesse contexto, a impugnação das referidas vedações, concede ao impugnante o ônus de provar ao contrário (ROCHA, 2017, p. 73).

³ Art. 8^o Não poderão ser partes, no processo instituído por esta Lei, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil.

§ 1o Somente serão admitidas a propor ação perante o Juizado Especial: (Redação dada pela Lei n. 12.126, de 2009).

I - as pessoas físicas capazes, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas; (Incluído pela Lei n. 12.126, de 2009).

II - as pessoas enquadradas como microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte na forma da Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006; (Redação dada pela Lei Complementar n. 147, de 2014).

III - as pessoas jurídicas qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, nos termos da Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999; (Incluído pela Lei n. 12.126, de 2009).

IV - as sociedades de crédito ao microempreendedor, nos termos do art. 1^o da Lei n. 10.194, de 14 de fevereiro de 2001. (BRASIL, 1995).

As vedações dispostas pela legislação baseiam-se, em suma, em aspectos qualitativos que, por sua natureza, necessitam ajuizar suas demandas frente às vias ordinárias, diante da presumida complexidade de suas causas (FIGUEIRA JÚNIOR, 2017, p. 206).

A ideia inicial de somente admitir pessoas naturais capazes, cinge, justamente, no ideal de aplicação de uma justiça especializada, sendo as demais pessoas, em um raciocínio lógico, conferido o acesso à justiça pelo processo civil comum, expandindo-se, posteriormente, para as pessoas jurídicas consideradas hipossuficientes (FIGUEIRA JÚNIOR, 2017, p. 208).

6.1 DOS JUÍZES, DOS CONCILIADORES E DA CONCILIAÇÃO

Os processos, em suma, devem ser dirigidos pelo juiz de direito, em que pesem alguns atos sejam praticados por conciliadores e juízes leigos. Assim, a atuação dos juízes togados caracteriza-se como uma obrigação do magistrado, isso porque, muito embora sejam observados os princípios do juizado, cabe ao juiz garantir a isonomia processual, prevenindo atos contrários à justiça (FIGUEIRA JÚNIOR, 2017, p. 180).

Embora os processos dos Juizados Especiais não sejam de grande magnitude, seja ela jurídica ou econômica e, ainda que o juiz exerça um papel diferenciado, deve atentar-se às peculiaridades de cada caso. Isso porque, embora sejam do Juizado Especial, possuem a sua valia (ROCHA, 2017, p. 109).

Os juízes togados em nosso sistema jurídico são os juízes estaduais e federais, titulares ou substitutos. Isto é, os magistrados que ingressam na carreira mediante concurso público e, assim, possam compor os juízes togados previstos na Lei n. 9.099/95. Por sua vez, os juízes leigos são os advogados que tenham, ao menos, 2 anos de experiência e, desta forma, contribuem com a justiça (CHIMENTI, 2010, p. 105-106).

Contudo, no que tange à audiência de conciliação e de instrução e julgamento, prescinde-se a presença do juiz togado, consoante já pacificado

no Enunciado dos Fóruns Nacionais dos Juizados Especiais justiça *in verbis* (FIGUEIRA JÚNIOR, 2017, p. 180): “Não é necessária a presença do juiz togado ou leigo na Sessão de Conciliação, nem a do juiz togado na audiência de instrução conduzida por juiz leigo.” (nova redação – XXXVII – Florianópolis/SC).⁴

Nesse contexto, sob a vigilância dos juízes togados, os juízes leigos conduzem a audiência de conciliação, instruem o processo, colhem os depoimentos dos envolvidos e suas respectivas testemunhas, assim como deferem ou indeferem os requerimentos formulados pelas partes, o que, posteriormente, é submetido ao parecer do juiz togado (CHIMENTI, 2010, p. 106).

Insta salientar que os advogados que atuam em aludidos órgãos, seja no âmbito estadual ou federal, ficam privados do exercício da advocacia no Juizado Especial, em razão do conflito de interesses que pode ocorrer nas demandas ali ajuizadas justiça (CHIMENTI, 2010, p. 106).

Todavia, embora realmente afastado de alguns atos processuais, o juiz pode requisitar as provas que entender pertinentes à elucidação dos fatos. Nesse passo, tem-se cada vez mais presente no processo, a abrangência dos poderes do juiz, no intuito de trazer aos autos a verdade real ou verossimilhança dos fatos (FIGUEIRA JÚNIOR, 2017, p. 180-181).

A possibilidade em questão é conferida em razão da qualidade do juiz, conhecedor do direito, cabendo a ele ou não, a realização de provas. Mas, além disso, insta consignar que as partes possuem direito de produzir provas dos fatos que alegam, sendo o seu indeferimento considerado um cerceamento de defesa (PARIZATTO, 2017, p. 29).

A decisão do juiz necessita ser pautada em sua experiência comum e na sua técnica jurídica, o que, de forma alguma, permite que a interpretação conferida destoe da legalidade, um princípio constitucional, que, inclusive, assegura a imparcialidade esperada do magistrado (ROCHA, 2017, p. 110).

⁴ Enunciado n. 6 do FONAJE.

Contudo, há uma flexibilização dos poderes do juiz no julgamento das ações do Juizado Especial. É de bom alvitre destacar que a legislação não descartou a figura do juiz, todavia criou-se a oportunidade de as partes solucionarem entre si, dentro do judiciário, seus conflitos, ligando-se, mais intimamente, a verdade real dos fatos (FIGUEIRA JÚNIOR, 2017, p. 185).

Por seu turno, a figura do conciliador, prevista no art. 7º da Lei n. 9.099/95, tendo em vista a previsão constitucional, salientou a preferência por bacharéis em direito. E por isso, a escolha passou a incidir em pessoas com formação jurídica e, em segundo plano, pelos demais cidadãos, ditos leigos (FIGUEIRA JÚNIOR, 2017, p. 195).

Assim, apesar da expressão leigo ressaltar que o constituinte almejava alguém fora da justiça, a legislação infraconstitucional fez a sua escolha pelos bacharéis em direito, condicionando sua atuação a 5 (cinco) anos de experiência (ROCHA, 2017, p. 112).

O conciliador neste procedimento diferenciado pode mediar os envolvidos, considerando as causas de menor complexidade, utilizando-se do bom senso, regras de experiência. Entretanto, não é incomum que os atuantes dos Juizados Especiais são estudantes de Direito, que não possuem a experiência, equilíbrio e serenidade, atributos que se esperam de um bom conciliador (FIGUEIRA JÚNIOR, 2017, p. 195).

Este conciliador deve conhecer as partes e explicar a estas as vantagens de um eventual acordo, assim como seus riscos, no intuito de lograr a composição e que ambas as partes contribuam reciprocamente para o acordo (CHIMENTI, 2010, p. 106).

Ou seja, durante a audiência em análise, o conciliador jamais pode pender para um dos lados, intimidando o autor ou o réu, sinalizando acerca de eventual desfecho da lide, no seu sentir, assediando as partes a entabularem acordo (ARAÚJO, 2014, p. 57).

7 DA PESQUISA DE CAMPO

Na intenção de buscar maiores informações acerca das percepções dos profissionais envolvidos com o instituto em estudo, realizou-se pesquisa de campo, devidamente cadastrada na Plataforma Brasil e autorizada pelo Comitê de Ética em Pesquisas (CEP) da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc), para sua efetiva realização.

Nesse passo, realizou-se entrevista com uma servidora do Juizado Especial, com o juiz responsável pelo processamento e julgamento das causas ajuizadas no Juizado Especial Cível da Comarca de Campos Novos, SC, assim como com 3 (três) advogados com maior número de processos que tramitam no Juizado Especial da referida Comarca, em razão de suas experiências.

A pesquisa consistiu, em síntese, na elaboração de perguntas previamente acordadas e aprovadas, que foram entregues aos participantes da pesquisa, antecipadamente, e, após, de forma oral, mediante gravação da voz, respondidas pelos participantes.

Objetivou-se com a pesquisa em questão, colher informações acerca das dificuldades e percepções pessoais dos envolvidos no que tange ao Juizado Especial Cível da aludida Comarca e no que se refere à satisfação, à estrutura, aos profissionais capacitados e ao interesse na conciliação, de modo a aferir se os anseios do legislador estão sendo incorporados pelo judiciário.

Frisa-se, por fim, que os participantes assinaram Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) e, ainda, aqueles que participaram da pesquisa mediante gravação, o respectivo Termo de Autorização para Gravação da Voz. Portanto, cumprindo com o avençado, seus respectivos nomes não serão divulgados.

7.1 DA ENTREVISTA COM OS ADVOGADOS

Inicialmente, o primeiro advogado entrevistado (Sujeito 1), questionado quanto às suas principais dificuldades em relação ao Juizado Especial Cível de Campos Novos/SC, considerando se tratar de uma justiça diferenciada respondeu que “a principal reclamação que nós temos, o principal problema que a gente vê, dificuldade que a gente tem com o Juizado Especial é a morosidade.” (Sujeito 1) (informação verbal).

O entrevistado, nesse aspecto em particular, salientou que:

O Juizado Especial ele foi justamente criado para dar celeridade ao andamento dos processos. Tentou-se retirar das vias ordinárias os processos mais simples e transformar para um modo que tivesse um andamento mais célere para os andamentos processuais. Porém, hoje, em Campos Novos, SC, não só Campos Novo, SC, mas nos Juizados Especiais em geral de todo Estado de Santa Catarina, principalmente que eu estou falando, é a dificuldade do andamento processual. (Sujeito 1) (informação verbal).

Ainda, sobre as dificuldades no ajuizamento de suas demandas, especialmente no que pertine à morosidade, atribuiu aludida situação, principalmente, à falta de servidores na Comarca, asseverando:

Acontece a falta de pessoal [...], tivemos a visita do desembargador Henry Petry aqui em Campos Novos, durante esta semana e a reclamação foi a falta de pessoal, onde a gente sabe a boa vontade de nossos serventuários, porém com pouco pessoal para dar andamento os processos, não está andando, está muito devagar. (Sujeito 1) (informação verbal).

Além disso, exemplificando sua jornada de trabalho, em razão das dificuldades por ele constatadas, explanou as orientações passadas aos seus clientes, aduzindo:

Até uma orientação minha, não só minha, mas acredito que de todos os advogados, é orientar os clientes a, se puderem evitar entrar no Juizado Especial devido à morosidade excessiva que estamos enfrentando. Então, eu chamo o cliente aqui, eu explico a diferença, os gastos da justiça comum, que não existem gastos no Juizado Especial, porém já informo: Juizado Especial vai demorar três, seis, um ano a mais, em um processo simples que pode ser resolvido em pouco tempo. Então o maior problema que temos hoje, com certeza é a morosidade que o Juizado Especial se transformou. (Sujeito 1) (informação verbal).

Nos mesmos moldes, realizou-se entrevista com o segundo advogado (Sujeito 2), que, questionado no que pertine às suas dificuldades em relação ao Juizado Especial Cível de Campos Novos/SC, considerando ser uma justiça diferenciada, no mesmo espírito de seu colega salientou “Bem, eu vejo que a principal dificuldade é a demora nos despachos e decisões, em virtude da falta ou de poucos servidores.” (Sujeito 2) (informação verbal).

Concluiu, desta forma, no que tange à citada justiça diferenciada que “O volume de ações ele é literalmente incompatível com o pessoal do cartório do juizado. E, assim, no meu sentir, ele deixou ser uma justiça diferenciada.” (Sujeito 2) (informação verbal).

Por sua vez, realizada entrevista com o terceiro advogado (Sujeito 3), suscitando sua percepção quanto às dificuldades obtidas no Juizado Especial Cível de Campos Novos, SC, considerando a dinâmica diferenciada do instituto, relembrou os institutos que o norteiam:

Então a principal dificuldade que eu vejo é que sendo o juizado uma justiça diferenciada, possui princípios informativos ou princípios explícitos que norteiam suas diretrizes, como a oralidade, a simplicidade, a informalidade, a economia processual e a celeridade na prestação jurisdicional. (Sujeito 3) (informação verbal).

Todavia, em seguida, afirmou a não aplicação dos aludidos princípios, em razão da ordinarização processual, nos seguintes termos “Mas na prática não se aplicam esses princípios, tornando o Juizado Especial um procedimento lento e pouco efetivo na resolução dos conflitos, haja vista que se vem ordinarizando o Juizado Especial a cada dia.” (Sujeito 3) (informação verbal).

Outrossim, questionados quanto às expectativas dos clientes em relação ao Juizado Especial Cível de Campos Novos, SC, o Sujeito 1 disse que:

O cliente aqui já chega, quando ele vem, ele já vem na ideia o Juizado Especial, a primeira coisa é que ele não vai ter gastos, obviamente as custas processuais afugentam os clientes e muitos clientes evitam porque os gastos realmente são altos, as custas processuais são altas, não é uma justiça barata a nossa justiça catarinense, são custas altíssimas, então o pessoal a primeira coisa que vem na cabeça é isso. (Sujeito 1) (informação verbal).

Corroborando com sua explanação, apontou, ainda, que a ideia inicial de seus clientes acaba não se confirmando, consoante seus seguintes dizeres:

E, automaticamente, eles imaginam que o Juizado Especial é rápido. Quando a gente explica as vantagens e desvantagens, quem pode, evita. Quem não pode, vai pela necessidade financeira mesmo, vai pelo Juizado Especial, mas o que eles veem é que seja uma justiça célere e uma justiça barata, porém quando a gente explica para eles, eles acabam se assustando e se decepcionando, até um certo ponto, com o Juizado Especial. (Sujeito 1) (informação verbal).

Sobre esse questionamento, o Sujeito 2 explanou:

Bem, a expectativa inicial é de que não há custas para o ingresso de ação e ele cria também essa ideia de que a solução daquela lida vai ser rápida. Porém, no final, o cliente ele externa um sentimento de frustração. Por que?

Pela demora até ele ter uma resposta da justiça e, em caso em que há a contestação da parte contrária, ele tem a necessidade de contratar um advogado. (informação verbal).

E o advogado entrevistado foi além, tal como seu colega de profissão, verbalizou críticas quanto ao processamento dos recursos, dizendo: “E mais, em caso de recurso, se ele for vencido na ação, ele tem que pagar as custas do processo e mais a guia recursal. Então aquela expectativa inicial, que é uma justiça rápida, de solução efetiva e de que não tem despesa, ela passa a ser igual a justiça do rito ordinário.” (Sujeito 2) (informação verbal).

Dando sequência a entrevista, indagou-se o Sujeito 3, no que diz respeito às expectativas e às opiniões dos clientes quanto ao Juizado Especial Cível de Campos Novos, SC, que explanou, em suma, que as expectativas são das melhores, mas deveriam ter profissionais capacitados nas resoluções dos conflitos, consoante se infere a seguir:

As expectativas dos clientes em relação ao Juizado Especial Cível é que o seu processo tramite de forma rápida e com baixo custo. A opinião é de que deveriam ter funcionários em maior número e capacitados nas relações humanas e resolução de conflitos. (Sujeito 3) (informação verbal).

Realizada a última pergunta, considerando as vias ordinárias, o Sujeito 1, inquirido quanto a pertinência dos Juizados Especiais Cíveis, considerando a existência das vias ordinárias, assim como suas contribuições disse:

Eu acredito que o Juizado Especial Cível foi criado e é uma coisa muito boa, pois ajuda e dá direito a todos ao acesso à justiça, principalmente aquelas pessoas que não tem tanta condição financeira, então é de importância fundamental o acesso à justiça de todas as pessoas. (Sujeito 1) (informação verbal).

Ressaltou a importância do instituto, proferindo: “Então essa é principal, talvez, função do Juizado Especial e tem que ser mantido, acredito que é uma forma de ajudar a todos e abranger a todos.” (Sujeito 1) (informação verbal). Entretanto, logo em seguida, aduziu:

Porém, a gente sempre coloca, o porém existe, infelizmente, e a gente tem que deixar sempre claro para os nossos clientes, deixar claro, principalmente hoje, por exemplo uma ação de indenização, gostaria de frisar essa, uma ação de indenização hoje quando você tem uma sentença no Juizado Especial, é um valor, geralmente, irrisório, enquanto na justiça comum um valor mais alto. (Sujeito 1) (informação verbal).

E o Sujeito 1 foi além, ao verbalizar quanto a discrepância dos valores entre a indenização conferida nas vias ordinárias e no Juizado Especial Cível:

Outro problema é que quando você recorre na justiça comum, vai para o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, onde nossas turmas de recursos, elas entendem um valor em torno de vinte, vinte e cinco mil, uma indenização por danos morais, por exemplo. Enquanto no Juizado Especial vai para a Turma de Recursos de Lages, além de demorar três, quatro anos para julgamento, essa indenização se você ganha dez, quinze mil aqui, eles reduzem para cinco mil lá. (Sujeito 1) (informação verbal).

Trouxe à baila, ainda, os estudos realizados no que se refere à extinção das Turmas Recursais, em razão, especialmente, da demora no julgamento de seus recursos “Então a gente tem que repassar, existem percalços, até o Tribunal de Justiça está analisando hoje a extinção das Turmas de Recursos, justamente por esse atraso que está ocorrendo em nossas turmas de recursos, nós dependemos de Lages, SC, no caso.” (Sujeito 1) (informação verbal).

Encerrou suas explicações novamente ressaltando a importância do instituto, na medida em que salientou que “Então, tem seus percalços também, mas a gente acha de pertinência muito boa o Juizado Especial,

porque abrange pessoas sem condição financeira, que não tem outra forma de ser segurado pela justiça.” (Sujeito 1) (informação verbal).

Da mesma maneira, finalizando o diálogo, questionou-se o Sujeito 2, no que diz respeito à pertinência da atuação dos Juizados Especiais Cíveis, considerando as vias ordinárias, sendo que o Sujeito 2 criticou a atuação dos magistrados, que agravam ainda mais a morosidade existente, assim como a falta de cumprimento à legislação:

Certo, no atual cenário, as ações ajuizadas no Juizado Especial, elas não atendem o previsto na Lei que implantou o juizado. A morosidade, eu vejo que é o principal obstáculo e, muitas vezes, o que causa essa demora na solução, são os próprios magistrados, que desvirtuam a lei, agindo em seus despachos como se estivessem atuando em processos do rito ordinário, exigindo, muitas vezes, dilação probatória, literalmente desnecessária. (Sujeito 2) (informação verbal).

No mesmo sentido, findando o debate, solicitou-se a percepção do Sujeito 3, no que se refere à pertinência da atuação dos Juizados Especiais Cíveis e, em caso positivo, as principais contribuições que obteve, sendo que o Sujeito 3 sustentou a importância do instituto, mormente que disse: “Por certo que sim, o que não podemos é ordinarizar o Juizado Especial, retirando a sua essência, afastando os objetivos e princípios da Lei n. 9.099/95.” (Sujeito 3) (informação verbal).

E sobre as contribuições que o instituto oferece, exemplificou suas próprias demandas, visando desafogar a justiça comum, salientando que: “As principais contribuições nas causas por mim ajuizadas no Juizado Especial, forma no sentido de desafogar a via ordinária, resolvendo o conflito com mais celeridade, por meio da conciliação.” (Sujeito 3) (informação verbal).

7.2 DA ENTREVISTA COM A SERVIDORA

De outro norte, realizou-se entrevista com a servidora que atua no Juizado Especial da Comarca de Campos Novos, SC, que explanou seus apontamentos quanto ao instituto que é responsável.

Inicialmente, questionou-se a serventúria no que diz respeito às suas dificuldades e às percepções em relação aos processos da Comarca em questão, colhendo-se as seguintes informações:

Então, o Juizado Especial ele tem dificuldades, certamente, uma porque ele tramita na vara, juntamente com os demais processos, então nós não temos um juiz específico para julgar os processos do juizado. E isso faz com que ele não seja tão célere, quanto deveria, conforme está previsto na Lei n. 9.099/95.

E, de antemão, nos mesmos termos explanados pelos advogados, atribuiu a dificuldade na célere resolução dos conflitos à falta de servidores na Comarca, aduzindo que:

Também, a falta de servidores, a Comarca conta apenas comigo como servidora e mais dois estagiários, então isso também faz com que a celeridade que deveria ter ela não aconteça, então, a princípio, seria basicamente isso. (Servidora entrevistada) (informação verbal).

Dando continuidade ao diálogo, indagada quanto a satisfação nos processos ajuizados sem a presença obrigatória do advogado, a serventúria entrevistada disse que: “Essas pessoas que comparecem aqui no juizado para entrar com as ações, sem a presença de advogado, no que depende do nosso trabalho, a gente faz com a maior dedicação possível para que ele obtenha êxito no seu pedido.” (Servidora entrevistada) (informação verbal).

A serventúria entrevistada, ainda sobre o tema, salientou sua satisfação quanto ao resultado, frisando:

Então, quando realmente ele consegue atingir o seu objetivo é um motivo de muita satisfação por minha parte, dos servidores e dos juízes, porque o funcionamento da Lei n.º 9.099/95, com esse objetivo atingido, prova que realmente é para isso que ela serve, é para que a pessoa venha até o Fórum, sem advogado, lute pelo seu direito e obtenha a satisfação no seu objetivo. (Servidora entrevista) (informação verbal).

Outrossim, acerca dos impasses encontrados durante o procedimento e na audiência conciliatória, a servidora destacou:

Muito bem, quando as partes vêm em cartório para dar entrada no seu processo, como é tudo rápido, a dificuldade maior que eu vejo é a seguinte, não temos tempo de ficar, então ele vem um dia a gente pede a documentação e no outro dia que ele vem, a gente já da entrada no processo. Então, ao contrário de um advogado, que o cliente vai lá, depois o advogado fica sozinho no seu escritório, ele pode pensar, pesquisar jurisprudência e tal, isso não acontece aqui no juizado, então eu tenho que fazer uma petição rápida, reduzir a termo o que a parte fala e acontece que, às vezes, ele oculta algum detalhe importante do processo, alguma coisa e depois, lá para frente, vai aparecer com a contestação da outra parte. (Servidora entrevistada) (informação verbal).

Assim, lamentou a falta de tempo para dar atenção aos optantes do *jus postulandi*, afirmando que: “Então, é uma dificuldade assim, porque se tivesse mais tempo, mais servidores, se poderia fazer um trabalho melhor, mas não é possível.” (Servidora entrevistada) (informação verbal).

Em outro aspecto, quanto ao instituto da conciliação, revezando-se para a realização da audiência, a servidora entrevistada criticou a legislação e narrou que:

E também, na conciliação, os conciliadores que vão fazer as audiências, ou eu, os estagiários-conciliadores,

encontramos dificuldades sim, porque, hoje em dia, as leis brasileiras, no geral, na parte cível, são permissivas na questão do pagamento de dívidas. Então, a pessoa vem, é descolada as vezes, não tem nada no nome dela, ela sabe que não vai ter jeito de penhorar bens, ela não quer pagar, daí tem também aquele mito que corre no boca a boca do pessoal, ah eu vou lá no fórum e vou pagar só de reais por mês e se quiser assim e se não quiser eu não pago. (Servidora entrevistada) (informação verbal).

Neste trilhar, ressaltou a falta de conscientização da nossa sociedade para lograr um bom acordo entre as partes, frisando: “Então tem muita dificuldade às vezes em fazer um acordo, porque a pessoa acha que ela não tem a obrigação de pagar dívida nenhuma, então a conscientização da população também nos atrapalha nesse sentido de poder fazer uma boa conciliação.” (Servidora entrevistada) (informação verbal).

Após, realizou-se a quarta pergunta, atinente à especialização dos profissionais para cumprir o principal objetivo da Lei n. 9.099/95, sendo que a servidora, novamente salientou o pessoal existente e disse:

[...] o juizado aqui de Campos Novos, como eu falei antes, ele conta apenas com esta servidora e mais uma estagiária, temos uma conciliadora que está nos ajudando, como conciliadora voluntária. Não é o ideal, eu sei que existem outras realidades no Brasil afora, no judiciário, que são piores que a nossa, mas, mesmo assim, não podemos nos contentar e dizer que está bom, porque não está. (Servidora entrevistada) (informação verbal).

Por fim, a funcionária falou sobre o interesse e investimento do Tribunal de Justiça no que se refere a conciliação, mas, ainda, salientou a principal dificuldade, a falta de servidores:

Pode se melhorar mais, muito mais, eu sei que o Tribunal de Justiça ele é muito interessado e investe muito na conciliação, na mediação e, assim, o ponto principal aqui é a falta de servidores então não tem juiz específico

também para julgar. A segunda vara, que já é uma vara mais carregada, ela ainda leva o juizado, o juiz tem que fazer a audiência de instrução e julgamento, ele tem que dar a sentença, então foge um pouco daquilo que deveriam ser os princípios da simplicidade, da oralidade, da celeridade, mas, como nada é perfeito, nós vamos fazendo tudo que está ao nosso alcance para que os nossos clientes aqui do juizado consigam atingir os seus objetivos. (Servidora entrevistada) (informação verbal).

7.3 DA ENTREVISTA COM O JUIZ

Ainda, da entrevista realizada com o juiz responsável pelas causas ajuizadas perante o Juizado Especial Cível de Campos Novos, SC, o magistrado salientou a necessidade do conhecimento de seus direitos pelos litigantes.

Desta forma, quando questionado acerca das maiores dificuldades no que se refere as causas ajuizadas sem a presença obrigatória de advogados, sustentou que: “O êxito das demandas ajuizadas através de atermações (sem advogado constituído), depende necessariamente de prévio conhecimento do direito pela parte, bem como da complexidade da causa.” (Magistrado entrevistado) (informação verbal).

Além do mais, o juiz entrevistado salientou que: “Há casos em que a própria parte desconhece a plenitude de seu direito e, embora orientada pela Secretaria, insiste em protocolar a ação, o que acaba por prejudicar seu direito.” (Magistrado entrevistado) (informação verbal).

Dando continuidade à entrevista, o magistrado novamente frisou o desconhecimento das partes quanto ao procedimento, assim como a insuficiência de documentos probatórios, a fim de instruir os processos ajuizados, dizendo: “Ademais, o desconhecimento do rito processual pelo litigante desprovido de advogado pode eventualmente prejudicar a instrução processual e acarretar a improcedência da demanda por insuficiência probatória.” (Magistrado entrevistado) (informação verbal).

O juiz entrevistado salientou que sua equipe sempre procura orientar a população quanto à necessidade de constituir advogado, dependendo da complexidade da causa, consoante explanou em sua entrevista:

Por isso, dependendo do caso e da sua complexidade, a melhor indicação é o ajuizamento da ação por procurador constituído. A Secretaria do Juizado Especial procura sempre orientar as partes para que, dependendo da complexidade do caso, procurem advogado ou a Defensoria Pública para esclarecimento de seus direitos. (Magistrado entrevistado) (informação verbal).

Por outro viés, ressaltou a relevância do Juizado Especial Cível, ao argumento do êxito das demandas, no que diz respeito as causas de menor complexidade, devidamente instruídas, dizendo:

No entanto, em se tratando de questões simples e repetitivas do nosso cotidiano, e quando os fatos conseguem ser narrados de forma clara e coesa pelo interessado, com a juntada de documentos suficientes, não há dificuldade alguma no processamento das demandas. (Magistrado entrevistado) (informação verbal).

Em relação ao número de funcionários, ao contrário dos demais entrevistados, o magistrado aduziu que os servidores destinados são, por ora, suficientes para dar conta das demandas apresentadas, dizendo que: “Por enquanto a quantidade de processos entrados no Juizado Especial Cível está sendo suprida pela equipe de trabalho.” (Magistrado entrevistado) (informação verbal).

Contudo, fez uma ressalva ao seu entendimento, afirmando que: “No entanto, a tendência é que este cenário não se mantenha em razão do crescente ajuizamento de feitos pelo rito da Lei n. 9.099/95, que apresenta facilidades de acesso ao Judiciário por parte da população.” (informação verbal).

Novamente alegou que, em momentos específicos, poderá ocorrer a necessidade de reforçar o número de servidores e estagiários incumbidos aos comandos processuais dos processos do Juizado Especial Cível e

Afora isso, há momentos pontuais em que um maior número de funcionários seria necessário para dar maior celeridade e agilidade à prestação jurisdicional, quando por exemplo surge fatos que justificam ações em massa, pautadas em determinada situação jurídica. (informação verbal).

Em relação à terceira pergunta efetuada, quanto à disposição dos servidores e dos advogados no instituto da conciliação, em razão de ser a principal diferença no que diz respeito às vias ordinárias, o magistrado respondeu que:

Sim. Como o acordo é inerente aos processos regidos pelo Juizados Especiais, podendo ser realizados em qualquer fase e momento processual, sempre que possível, as partes são estimuladas e questionadas para a realização de transação.

Os advogados, de modo geral, são cooperativos, bem como todos os servidores envolvidos. (Magistrado entrevistado) (informação verbal).

Por fim, indagado quanto às dificuldades e vantagens do Juizado Especial, em comparação às vias ordinárias, o Juiz entrevistado, afirmou que, por vezes, elas se confundem, salientando:

As dificuldades e facilidades podem, às vezes, se confundir. Ao mesmo tempo que no primeiro grau não há honorários sucumbenciais e nem pagamento de custas processuais, o que, em tese, facilita o acesso ao judiciário, essa questão estimula o ingresso de inúmeros processos sem qualquer respaldo jurídico, ordinariamente conhecidos pelas “aventuras jurídicas”. (Magistrado entrevistado) (informação verbal).

Assim, verifica-se que o Magistrado frisou a questão da ausência de custas, como mecanismo de acesso à justiça. Todavia, destaca as demandas que são ajuizadas, em alguns casos, ocasiona, o que intitula ser “aventuras jurídicas”.

Além disso, sobre as dificuldades, o juiz entrevistado apontou que: “Da mesma maneira, verifico que muitas ações são ajuizadas sem tentativa prévia de conciliação, sobrecarregando a máquina pública, inclusive financeiramente, o que prejudica a celeridade processual de forma geral.” (informação verbal).

Contudo, no que se refere as vantagens, elencou os princípios norteadores do Juizado Especial, aduzindo que “Quanto as maiores vantagens, tem-se a simplicidade, oralidade e a rapidez no julgamento das demandas.” (Magistrado entrevistado) (informação verbal).

8 CONCLUSÃO

Diante dos estudos realizados acerca da temática abordada, assim como dos resultados das entrevistas realizadas com os envolvidos no que tange ao instituto analisado, é possível apresentar algumas constatações.

Conforme os conceitos trazidos acerca do Juizado Especial Cível, verifica-se que, de fato, sempre houve um sistema paralelo as formalidades das vias ordinárias, no intuito de permitir o acesso à justiça a todos os cidadãos.

Isso torna-se claro pela criação da Lei dos Juizados das Pequenas Causas que, sobretudo, visava atender as demandas de menor complexidade, por meio da conciliação.

Mais adiante surgiu a Lei n. 9.099/95 que inovou os mecanismos jurídicos, prevendo a possibilidade do ingresso sem a presença obrigatória de advogado, aplicando-se os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

E não se desconhece, é claro, que os princípios mencionados contribuem muito para a rápida tramitação dos processos. E é por aludidos princípios que, justamente, não se permitem que causas de grande complexidade, assim como determinadas pessoas jurídicas utilizem-se do Juizado Especial Cível para dirimir seus conflitos.

Mesmo assim, é claro que os processos que ali tramitam passam pelo aval de um juiz de direito, que conduz, mesmo que indiretamente os processos. Todavia, a legislação foi permissiva nesse aspecto, permitindo que juízes leigos conduzam as ações, instruindo-os com os comandos processuais necessários o que, após, será reavaliado pelo magistrado de carreira.

Nesse aspecto, embora ao mencionar o leigo o constituinte tenha tido a intenção de selecionar alguém fora do âmbito jurídico, acertou o legislador na preferência por alguém da área, pois, desta forma, as partes conseguem sanar suas dúvidas quanto as vantagens e desvantagens de seus acordos.

De igual forma os conciliadores têm a sua contribuição para a efetivação dos anseios da legislação ao criar o instituto em estudo, posto que, dotados de experiência e devidamente treinados podem solucionar os impasses ocorridos, sem, contudo, pender para um dos lados.

Contudo, considerando o atual contexto que vivenciamos, verifica-se que o judiciário, a todo momento, necessita inovar seus meios para solucionar os litígios que batem às portas da justiça. Isso porque, os anseios do legislador, por si só, não podem ser satisfeitos sem que, ao menos, haja uma atuação constante e inovadora dos mecanismos a serem utilizados.

Assim, constatou-se que, atualmente, na Comarca de Campos Novos/SC, a demanda de processos é incompatível com o contingente de pessoal disponível para efetuar os comandos processuais necessários à efetiva prestação jurisdicional, negligenciando, desta forma, os princípios norteadores do Juizado Especial, o que, anote-se, foi enfatizado por todos os entrevistados.

É certo que a Lei n. 9.099/95, inspirada na Lei n. 7.244/84 (Juizado de Pequenas Causas) visavam garantir o acesso à justiça a todos, sem que, para tanto, existissem percalços, especialmente no que se refere ao aspecto econômico.

Contudo, diante da situação aferida, denota-se que a Comarca em questão conta apenas com uma servidora, que atrai para si a responsabilidade de atender aos optantes do instituto em estudo, realizar as audiências conciliatórias, efetuar os comandos processuais necessários ao andamento das ações e outras tarefas atinentes à sua função.

E insta salientar que a situação desfavorável em que se encontra o Juizado Especial Cível de Campos Novos, SC não passou desconhecida pelos advogados entrevistados que ali atuam. De forma unânime, os entrevistados salientaram a falta de servidores, indicando, inclusive, para seus clientes, que ajuízem seus processos pelas vias ordinárias.

Além do mais, conclui-se que, por ser um instituto diferenciado, tanto os demandantes, quanto seus próprios advogados esperam uma atuação breve, pautada na informalidade por parte dos magistrados, o que, no sentir dos entrevistados, não ocorre, posto que há dilação probatória nos processos, postergando-se a decisão do conflito.

Além disso, há a banalização do instituto em razão da divergência de decisões entre as Turmas de Recursos e o Tribunal de Justiça, o que agrava ainda mais a escolha entre as vias ordinárias e a utilização do instituto, seja porque para recorrer é necessária a constituição de advogado, seja porque os entendimentos jurídicos, por vezes, desafinam-se.

Sendo assim, entende-se que os Juizados Especiais Cíveis são institutos essenciais ao efetivo acesso à justiça e, em que pese atualmente estejam sobrecarregados, merecem a atenção de seus envolvidos, aumentando seu contingente, investindo em seus funcionários e, sobretudo, cumprindo os anseios da legislação por meio da busca pela conciliação.

Por fim, destaca-se que a problemática é complexa, não se esgotando nas percepções e nas dificuldades analisadas neste trabalho, necessitando, outrossim, a sugestão de novos estudos sobre o tema, no intuito de angariar maiores informações sobre o tema.

REFERÊNCIAS

ABREU, P. M. *Acesso à Justiça e Juizados Especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ALTHAUS, I. G. Da Contribuição dos Juizados Especiais na consagração do direito de acesso à justiça previsto na Constituição Federal de 1988. *Revista Emancipação*, [s. l.], v. 19, n. 2, 2019. Disponível em: <http://www.revistas2.uepg.br/index.php/emancipacao>. Acesso em: 20 set. 2019.

ARAÚJO, J. de S.; ALCANTARA, S. A.; DUMAS, M. N. Juizados especiais, processo de conhecimento e processo eletrônico. In: VENERAL, D. C. (org.). *Coleção Direito Processual Civil e Direito Ambiental*. Curitiba: InterSaberes, 2014. v. 2.

AZEVEDO, F. O. de. Lei de Juizados Especiais Cíveis. *Revista Direitocom-PontoCom*, [s. l.], 2012. Disponível em: <https://www.direitocom.com/author/flavio-olimpio-de-azevedo>. Acesso em: 5 ago. 2019.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 7 nov. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7244.htm. Acesso em: 8 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 25 ago. 2019.

CAPPELETTI, M. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988

CHIMENTI, R. C. *Juizados Especiais da Fazenda Pública: Lei n. 12.153/2009: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. [20--?]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/juizados-especiais/>. Acesso em: 3 set. 2019.

FIGUEIRA JÚNIOR, J. D. *Juizados especiais cíveis e criminais: comentários à Lei n. 9.099/95*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017a.

FIGUEIRA JÚNIOR, J. D. *Juizados especiais da Fazenda Pública: comentários à Lei 12.153, de 22 de dezembro de 2009*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017b.

FÓRUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS. Disponível em: <https://www.amb.com.br/fonaje/?p=32>. Acesso em: 28 ago. 2019.

MORAIS, M. N. *Juizado Especial Cível Estadual: acesso à justiça e a efetividade da prestação da tutela jurisdicional a partir da Convenção americana de direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/edicao-n13.php>. Acesso em: 3 ago. 2019.

PARIZATTO, J. R. *Manual Prático do Juizado Especial Cível*. 5. ed. São Paulo: Parizatto, 2019.

ROCHA, F. B. *Manual dos juizados especiais cíveis estaduais: teoria e prática*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

RODRIGUES, H. V. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE ANISTIA FRENTE AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF 153: CRIMES POLÍTICOS E CRIMES COMUNS COMETIDOS POR MOTIVAÇÃO POLÍTICA

Fernanda de Oliveira Fracaro¹

Marcio Giusti Trevisol²

Resumo: O artigo buscou examinar a decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, quanto à aplicabilidade da Lei da Anistia para os agentes do regime militar brasileiro. A pergunta norteadora da investigação foi: “o que levou o STF a posicionar-se pela constitucionalidade da Lei, mesmo diante da notória controvérsia constitucional e da divergência de entendimentos no que tange aos crimes anistiados?” O objeto foi analisar as motivações da decisão com referência aos princípios internacionais de proteção dos direitos humanos, tal qual preceituado nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para responder ao problema investigativo a pesquisa se caracterizou por exploratória, analítica e com corte hermenêutico. A coleta de dados é documental e envolveu a Constituição Federal de 1988, a decisão da ADPF n. 153, a Lei n. 6.683/79, e a condenação do Estado brasileiro junto à Corte Interamericana. Por meio, da triangulação dos dados coletados com a bibliografia acadêmica-científica produzida é possível perceber que a decisão brasileira no que tange a recepção da Lei de Anistia pela nova ordem constitucional, diverge da orientação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, quanto se trata dos crimes políticos e comuns conexos.

Palavras-chave: Lei de Anistia. ADPF n. 153. Justiça de Transição. Crimes comuns. Crimes políticos.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; fracaro.fernanda@gmail.com

² Mestre em Ética e Filosofia Política pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutorando em Educação na Universidade de Passo Fundo; Professor na Universidade do Oeste de Santa Catarina; marcio.trevisol@unoesc.edu.br

1 INTRODUÇÃO

A Lei n. 6.683/1979, conhecida como lei de anistia, por ter anistiado crimes cometidos durante o regime militar no Brasil, representou um símbolo de reabertura política na transição brasileira de um regime ditatorial para a democracia. Porém, com a promulgação de uma nova ordem Constitucional em 1988, passou a gerar muitas divergências na sua interpretação, principalmente quanto à gravidade das violações cometidas por agentes do Estado, uma vez que, tais crimes são tratados no art. 5, XLIII da Constituição da República Federativa do Brasil, como insuscetíveis de graça ou anistia.

As discussões acerca da validade da lei se devem à carga ideológica que compõe a denominada Justiça de Transição, que tem por finalidade a reconstrução de uma memória, tornando conhecidos os atos de violência e revolta. Se trata de um conjunto de ações, dispositivos e estudos utilizados para enfrentar e superar momentos de conflitos internos, violações de direitos humanos³ e outras violências cometidas em detrimento de grupos sociais ou indivíduos.

Fatos que levaram o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil a buscar uma nova interpretação da Lei de Anistia, excluindo os crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos durante o regime militar. A medida adotada foi uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF),⁴ julgada pelo Supremo Tribunal Federal,⁵ que decidiu pela recepção da Lei pela Constituição de 1988.

Embora a ADPF já tenha sido julgada em 29 de abril de 2010, ainda é motivo de muitas controvérsias. De um lado quem defende a punição

³ Segundo a ONU/Brasil, os direitos humanos são inerentes a todos os seres humanos, independentemente de qualquer outra condição, incluindo o direito à vida e à liberdade, à liberdade de opinião e de expressão, o direito ao trabalho e à educação, entre outros. A discriminação ou desrespeito aos direitos humanos caracterizam violação grave.

⁴ A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) é ação que busca a evitar ou reparar lesão a preceito fundamental e está regulamentada pela Lei n. 9.882/1999.

⁵ O Supremo Tribunal Federal constitui a última instância do poder judiciário brasileiro, responsável pela guarda da Constituição, conforme definido no art. 102 da Constituição.

dos militares pelo fato de a Lei de Anistia perdoar somente crimes políticos cometidos por pessoas vítimas de perseguições do governo militar. Do outro, os que acreditam que a Lei beneficiou presos políticos e permitiu o retorno de pessoas banidas e exiladas, conferindo anistia aos próprios militares acusados de crimes de violação dos direitos humanos, pelo cumprimento de ordens superiores no regime de exceção.

No que se refere ao julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, o objetivo geral do presente estudo é entender o que levou o Supremo Tribunal Federal a posicionar-se pela constitucionalidade da Lei, mesmo diante da notória divergência constitucional e das dificuldades encontradas ao diferenciar crimes políticos e crimes comuns cometidos por motivação política.

Além disso, constituem objetivos específicos: analisar a dimensão da Lei de Anistia, considerando o momento de sua criação e as consequências de anistiar crimes graves, que hoje são amplamente discutidos e repudiados por inúmeros instrumentos normativos; comparar as posições de instituições nacionais e internacionais no que tange a recepção da Lei pela Constituição de 1988, refletindo sobre as motivações da decisão do Supremo Tribunal Federal, de modo a perceber as contribuições positivas e negativas para o ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito; e, ainda, refletir sobre o posicionamento de outras nações que enfrentaram situações parecidas com o caso brasileiro, e o papel das respectivas “Comissões da Verdade” no processo de punição e evolução que baseiam a Justiça de Transição.

A relevância da temática está no fato de tais crimes, considerados tão graves, atingirem não só a vítima direta, mas o próprio sentido de dignidade da pessoa humana. Além disso, a reflexão sobre temas que são considerados superados, mas que por conta da uma má consolidação democrática seguem sendo uma grande ameaça ao bem-estar social e para a própria evolução histórica possui grande relevância na recente consagração de direitos humanos e de garantias individuais.

A pesquisa é pautada pela revisão de literatura e pela pesquisa documental. A coleta de dados documentais compreenderá a Constituição de 1967, vigente à época de promulgação da Lei n. 6.683/1979; a Constituição de 1988, que reestabeleceu a democracia; e a análise do julgado na ADPF 153 do STF, que declarou a constitucionalidade da Lei de Anistia. A análise de dados será triangulada com a literatura acadêmica publicada nos principais periódicos do campo do direito. A pesquisa será organizada da seguinte maneira, a saber; a) na primeira parte, serão abordados os aspectos da Lei de Anistia, suas características e consequências, desde o ordenamento jurídico vigente à época até o papel efetivamente exercido por ela; b) Na segunda parte, a análise terá enfoque na ordem constitucional inaugurada em 1988, e no posicionamento das principais instituições nacionais e internacionais sobre o tema, abrangendo seus pontos polêmicos e os argumentos levantados tanto a favor, quanto contra a validade do instrumento normativo, estabelecendo um diálogo com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, proposta pela OAB; c) Por fim, em terceiro lugar, apresentaremos argumentos sobre as interpretações dos crimes cometidos a partir de casos enfrentados por países da América Latina. Essa condição permitirá responder se os crimes praticados durante o período da ditadura militar constituem crimes políticos ou crimes comuns, ou se ainda é possível classificar esses crimes de acordo com sua materialidade individual.

2 ASPECTOS DA LEI DE ANISTIA – 6.683/1979: APROXIMAÇÕES

O processo de redemocratização, após um período de governo militar/ditatorial se dá de maneira lenta, não somente no caso brasileiro, mas na restauração de mecanismos democráticos de muitos países que vivenciaram períodos de excesso. São amplas as medidas que buscam assegurar o sentido de verdade e justiça dentro de uma transição política sólida, dentre as quais pode haver: mudanças no ordenamento jurídico, reparação/compensação de

vítimas, reformas em instituições, constituição de comissões da verdade e ajuizamento de ações para apurar violações de direitos fundamentais.

Tais atos compõem a chamada “Justiça de Transição” que, segundo Zyl (2009, p. 32), define-se como:

[...] o esforço para a construção da paz sustentável após um período de conflito, violência em massa ou violação sistemática de dos direitos humanos. O objetivo da justiça transicional implica em processar os perpetradores, revelar a verdade sobre crimes passados, fornecer reparações às vítimas, reformar as instituições perpetradoras de abuso e promover a reconciliação.

Os mecanismos transacionais relacionados pelo autor pretendem, em linhas gerais, extinguir definitivamente um regime autoritário e possibilitar o fortalecimento de uma democracia efetiva. Mecanismos, estes, que se desenvolveram graças ao reconhecimento dos direitos humanos e sua internacionalização, após a perpetração de muitas crueldades ao longo da história, foi necessária a (re)definição de parâmetros no que tange à pessoa humana, inserindo tais preceitos na ordem jurídica mundial. Como resultado, em 10 de dezembro de 1948, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Do reconhecimento da obrigação de proteção definida internacionalmente, gera também o direito de as vítimas e suas famílias terem acesso aos fatos decorrentes de atos baseados em autoritarismo. Bem como o direito à compensação e a reestruturação das instituições responsáveis. Segundo dispõe o art. VIII da DUDH: “Artigo VIII: Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.” (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948).

Nesse sentido, a transição se dá com a saída de um regime ditatorial e a estruturação de um Estado Democrático de Direito. Quanto à conceituação

de referidos regimes, Bobbio define características da ditadura a exemplo da Ditadura dos Antigos:

Em poucas palavras, as características da ditadura romana eram: a) estado de necessidade com respeito à legitimação; b) plenos poderes com respeito à extensão do comando; c) unicidade do sujeito investido do comando; d) temporaneidade do cargo. Enquanto magistratura monocrática, com poderes extraordinários mas legítimos e limitada no tempo, a ditadura sempre se distinguiu da tirania e do despotismo, que na linguagem corrente são frequentemente confundidos. Em poucas palavras, as características da ditadura romana eram: a) estado de necessidade com respeito à legitimação; b) plenos poderes com respeito à extensão do comando; c) unicidade do sujeito investido do comando; d) temporaneidade do cargo. (BOBBIO, 1987, p. 159-160).

Em definição técnica o dicionário Michaelis (2019), define ditadura como:

Governo autoritário, unipessoal ou colegiado, caracterizado pela tomada do poder político, com o apoio das Forças Armadas, em desrespeito às leis em vigor, com a consequente subordinação dos órgãos legislativos e judiciários, a suspensão das eleições e do estado de direito, com medidas controladoras da liberdade individual, repressão da livre expressão, censura da imprensa e ausência de regras transparentes em relação ao processo de sucessão governamental. (DITADURA, 2019).

Em síntese, a ditadura é marcada por uma centralização de poderes do Estado em um único indivíduo, em um grupo ou em determinado partido. No caso de uma ditadura formada por militares, tal qual aconteceu no Brasil entre 1964 e 1985, na maioria das vezes esta tem início com um “Golpe de Estado”, o que significa que um governo é derrubado com o apoio das forças de segurança. O exercício da ditadura militar, quando não há apoio popular, se dá de forma autoritária e arbitrária, sem respeito aos direitos inerentes à

cidadania, nem liberdade de expressão, além de desrespeitos aos direitos humanos, através de perseguições e tortura.

Enquanto o conceito de democracia é definido por Silva:

A democracia que o Estado democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º II), em que o poder emana do povo, deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por seus representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias, e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes na sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício (SILVA, 1988, p. 22).

Ribeiro (2013) traz, ainda, outra definição para democracia:

A palavra democracia vem do grego (demos, povo; kratos, poder) e significa poder do povo. Não quer dizer governo pelo povo. Pode estar no governo uma só pessoa, ou um grupo, e ainda tratar-se de uma democracia – desde que o poder, em última análise, seja do povo. O fundamental é que o povo escolha o indivíduo ou grupo que governa, e que controle como ele governa.

Conforme Bastos, no momento dessa transição política entre os dois regimes, há três maneiras de se lidar com a justiça e a memória: a) o julgamento e a punição, que é feita contra os perpetradores, a exemplo do que aconteceu no Tribunal de Nuremberg;⁶ b) a iluminação e o reconhecimento,

⁶ Segundo Cabral, o Tribunal de Nuremberg foi um tribunal militar internacional responsável por julgar os crimes cometidos por membros nazistas durante segunda Guerra Mundial. O

que se dá através das comissões da verdade e reconciliação com a revelação dos males cometidos; c) o esquecimento para o bem do futuro comum através da anistia, uma forma político-judicial de que “coloca o passado fora de vista”, deixando o passado fora do alcance da justiça e no esquecimento cívico. Tais instrumentos revelam-se essenciais para prevenir novas formas de abuso com os mesmos objetivos autoritários e promover a reconciliação do país (BASTOS, 2009, p. 65-66).

O Brasil acabou por conceder a anistia, como meio de realizar a transição entre os regimes, através da Lei n. 6.683 de 1979, promulgada em 28 de agosto de 1979. A lei de Anistia revertia punições aplicadas aos cidadãos brasileiros que foram considerados criminosos políticos pelo regime militar. Segundo o art. 1º da lei, foram anistiados todos que, no período de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. Além disso, o instrumento garantia, dentre outros direitos, o retorno de exilados ao país, o reestabelecimento dos direitos políticos e a volta ao serviço de militares e funcionários da administração pública.

Segundo Swensson Junior, os atos anistiadores como a lei brasileira podem ser definidos como:

[...] atos legislativos do Poder Público que extinguem as consequências punitivas de uma condenação penal total ou parcialmente; que declaram a impossibilidade de se aplicar no futuro ou de continuar sendo aplicada a sanção penal para determinados casos ou então são atos

juízo de julgamento entre 1945 e 1946, no Palácio da Justiça de Nuremberg, na Alemanha. A cidade simbolizava uma fortaleza para os nazistas, motivo pelo qual foi escolhida para desmistificar a imagem de Adolf Hitler na Alemanha (CABRAL, 2012).

que diminuam a intensidade da sanção. (SWENSSON JUNIOR, 2011, p. 141).

A anistia está prevista no Código Penal de 1940, como uma das causas extinção de punibilidade, tal qual a graça e o indulto, que impede a imposição de sanção penal através de um ato de renúncia por parte do Estado de seu poder repressivo, impossibilitando a aplicação da punição para determinados atos ilícito.

Entre os anos de 1960 e 1980, período que envolveu a criação da Lei de Anistia, o Brasil presenciava uma disputa de forças políticas, que envolvia a extrema direita, que defendia os ideais fascistas e contava com os antigos integrantes do Movimento Tenentista que levou Getúlio Vargas ao poder máximo da república em 1930; e a extrema esquerda, simpatizante do comunismo e formado por grupos de viés stalinista/maoísta que defendiam um modelo socialista de governo. Tal disputa teve seu fato mais marcante em 31 de março de 1964 (golpe militar), o que levou o país a viver mais de vinte anos de ditadura militar e que refletiu a grande rivalidade existente entre as forças liberais e conservadoras. Outro fato marcante é o Movimento Feminino pela Anistia (MFPA). A intensificação desses movimentos ocorreu com a formação dos comitês brasileiros pela anistia, em 1978, que defendia a anistia ampla, geral e irrestrita (FRIEDE, 2015, p. 54-55).

Dentro outras atuações em favor da Lei de Anistia, destacam-se: a criação do Jornal “Brasil Mulher”; A Associação Brasileira de Imprensa (ABI); de personalidades e entidades de destaque nacional. Já no período pós-anistia, as manifestações internacionais partiram de países como Portugal, França e Suécia. Em traços gerais, foram dias de manifestações organizadas em várias capitais do Brasil, ainda que a população não tenha participado de maneira direta nos movimentos (SWENSSON JUNIOR, 2011, p. 177).

Sobre a participação social na formulação do instrumento normativo, Moraes (2015, p. 78) questiona:

Sabe-se que à época do surgimento da Lei de Anistia o país vivia uma situação calamitosa, em que torturas representavam o cerne do estado de exceção. Portanto, indaga-se: Como aceitar o argumento de que a lei seria fruto de um acordo? E de um acordo político?

Verifica-se, portanto que, apesar de tantos movimentos em favor da pacificação nacional e da redemocratização, a abertura política iniciou-se apenas com a revogação do Ato Institucional n. 5 e com a edição a Lei n. 6.683 de 1979, concedendo a anistia.

O processo legislativo que culminou na criação da Lei de Anistia compreendeu várias fases. O projeto de lei foi assinado pelo Presidente João Baptista Figueiredo, sendo, em seguida, enviado ao Congresso Nacional, onde foi formada uma comissão mista para analisá-lo. Foram realizadas 305 emendas (proposições acessórias, alterando a forma ou o conteúdo), o que demonstrou a grande margem de dúvidas e insatisfações que cercavam os parlamentares. Na fase executiva, foi sancionada pelo Presidente. Depois disso, outros atos foram promulgados para regulamentar a lei (SWENSSON JUNIOR, 2011, p. 180-186).

Friede afirma que a Lei de Anistia brasileira possibilitou de melhor forma de sair de um regime político de exceção para o Estado Democrático de Direito (FRIEDE, 2015, p. 54).

Por outro lado, sobre o papel representado pela anistia na justiça transacional brasileira, Sant'anna define:

A Justiça de Transição, atualmente, tem colocado em questão exatamente essa ambivalência que vem ocorrendo com os anistiados e os perdoados no Brasil. O papel da justiça de transição são as medidas tomadas por um país quando este passa de um Estado ditatorial para um Estado democrático, implicando nos mecanismos a serem utilizados para abordar questões referentes à violência, à humilhação, etc, do período anterior ao democrático estabelecido. Isso, no entanto, não implica

que se deva esquecer o que de fato ocorreu, pois, é através da memória que este grupo de pessoas, que viveram nesta época de ditadura, tem de salvaguardar suas lembranças daqueles que se foram, ou daquilo que eles mesmos sofreram. (SANT'ANNA, 2011, p. 914).

Tornando-se notável que a discussão, além da constitucionalidade da Lei n. 6.683/79, envolve outros questionamentos filosóficos e jurídicos, por grupos e entidades. Principalmente quando analisada a conceituação dos crimes abrangidos.

Uma das decisões fundamentais de uma transição diz respeito às punições das pessoas que, no exercício de sua função junto ao Estado praticaram crimes. Considerado que o Brasil, no contexto histórico em que se encontrava inserido durante a promulgação da Lei de Anistia, optou por não punir os perpetradores de violações é necessário levar em conta que durante a ditadura o governo militar era visto como uma boa alternativa para organizar e desenvolver o país. Depois da superação desse momento de autoritarismo, com a inauguração de uma nova ordem constitucional, essa visão mudou. Na medida em que a história é revista, os debates aumentam e a consciência da população sobre os malefícios desse momento passa a representar uma força contrária à anistia concedida em 1979.

3 DA CONSTITUCIONALIDADE E DO DEBATE NA ADPF 153

Olsen, Payne, e Reiter relatam o debate sobre a anistia sobre três abordagens principais: a *abordagem contestadora*, que enfrenta as anistias como barreiras tanto para a democracia quanto para a consolidação dos direitos humanos, resultando em impeditivos morais, políticos e legais para processar os agentes responsáveis pelas violações; a *abordagem proponente*, que define a anistia como um mecanismo para neutralizar forças autoritárias, proteger a democracia e os direitos humanos; a *abordagem contingente*, defende que a anistia depender de meios de apuração da verdade, valorizando o papel da

anistia por reforçar a proteção da democracia e dos direitos humanos e, ao mesmo tempo, se ampara na abordagem contestadora ao defender que para um processo efetivo exige algum tipo de responsabilização (OLSEN; PAYNE; REITER apud TORELLY et al., 2011, p. 542-570).

No debate quanto à constitucionalidade da Lei de Anistia brasileira, o mecanismo escolhido pela instituição arguente foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A qual é julgada exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal e encontra-se fundamentada no artigo 102, §1º, da Constituição Federal e na Lei n. 9.882/99. Através da ADPF são controláveis todos os atos do poder público ofensivos a preceitos constitucionais fundamentais. Tais como: Atos normativos; atos não normativos (atos concretos ou individuais do Estado e da Administração Pública, atos e fatos materiais, atos do poder público regidos pelo direito privado, contratos administrativos, e até mesmo atos judiciais); e atos anteriores à Constituição. As decisões proferidas em ADPF tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, ou seja, valem contra todos, não somente os envolvidos na arguição, e vinculam atos de todos os demais órgãos públicos quando diante de questões idênticas. Podem propor o referido mecanismo: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do DF; o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e a Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, nos termos do art. 2º da Lei n. 9.882/99.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil buscando uma interpretação conforme a Constituição do parágrafo 1º do artigo 1º da Lei n. 6.683/79, foi julgada improcedente em abril de 2010 e teve como Relator, o Ministro Eros Grau.

Na petição inicial foram feitos dois pedidos, a declaração de não recebimento, pela Constituição do Brasil de 1988, do disposto no artigo 1º, §1º da Lei n. 6.683/79, e a declaração de que a anistia concedida por esta Lei aos crimes políticos e conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão, contra opositores políticos, durante o regime militar. Dentre os argumentos nela apresentados, destacam-se: a) a notória controvérsia constitucional no que tange ao âmbito da aplicação da Lei de Anistia; b) o fato de não ser possível considerar válida a interpretação segundo a qual a lei anistiará vários agentes públicos responsáveis pelas práticas de violência; c) o recebimento do §1º do art. 1º da Lei n. 6.683/79 implicaria em desrespeito ao dever do Poder Público de não ocultar a verdade, violando princípios democráticos e republicanos e o princípio de dignidade da pessoa humana; d) a não legitimação dos atos de violação da dignidade da pessoa humana mediante reparação pecuniária concedida às vítimas ou aos seus familiares (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010).

Sustentou-se, ainda, o cabimento da ADPF, nos termos da Lei n. 9.882/1999 que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, como o instrumento adequado para a definição de eficácia da Lei Federal n. 6.683/79 perante a ordem constitucional vigente. Posto que, trata-se de uma das ações que fazem parte do controle concentrado de constitucionalidade.⁷

Nos termos do Relatório da ADPF 153, verifica-se a interferência de vários órgãos de atuação nacional. A Câmara dos Deputados sustentou a validade da lei que foi aprovada de acordo com o projeto de lei do Congresso Nacional. O Senado Federal posicionou-se pela inépcia da inicial, justificando-o pela impossibilidade jurídica do pedido e a ausência de interesse de agir do arguente. A Associação de Juízes para a Democracia requereu ingressos

⁷ Forma específica de controle de constitucionalidade feita pelo Supremo Tribunal Federal.

como *amicus curiae*,⁸ tendo sido o pedido deferido. Em manifestação, afirmou o cabimento da ADPF diante da inexistência de conexão entre os crimes praticados pelos agentes opressores e os crimes políticos cometidos no mesmo período, de forma a afastar a incidência do disposto no art. 1º da Lei de Anistia, devendo as situações concretas de aplicação dos dispositivos serem apuradas singularmente por Juízes competentes. Sustentou, ainda, que posicionamento diverso legitimaria uma “auto-anistia”.⁹ O Ministério da Justiça também posicionou-se pela inconstitucionalidade da interpretação extensiva aos crimes praticados pelos agentes da repressão. A Secretaria-Geral de contencioso da Advocacia Geral da União posicionou-se pelo não-conhecimento da arguição e pela improcedência do pedido. Argumenta a ausência de comprovação de controvérsia judicial, posto que a abrangência conferida pela lei 6.683/79 depende exclusivamente do contexto em que esteve inserida, sem que o diploma tenha estabelecido qualquer discriminação no que se refere aos beneficiários; que a pretensão contida na ADPF contraria a intenção do legislador. Apontou, ainda, a consolidação dos efeitos da anistia concedida pela lei, posto que entre a sua promulgação e a inauguração da nova ordem constitucional se passaram quase 10 anos, colidindo com os princípios da segurança jurídica e da irretroatividade da lei penal (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010).

O Procurador Geral da República posicionou-se pela improcedência do pedido, afirmando que a análise proposta na demanda necessita do exame do contexto histórico em que foi produzida a lei de anistia. Sendo esta, de acordo com o PGR, de índole objetiva, sem beneficiar alguém especificamente, mas sim dirigindo-se ao crime, excluindo da punição aqueles que os cometeram. Finaliza que a questão não comporta exame dissociado do contexto histórico,

⁸ Segundo Santos (2005): “Amicus curiae é termo de origem latina que significa “amigo da corte”. Diz respeito a uma pessoa, entidade ou órgão com profundo interesse em uma questão jurídica levada à discussão junto ao Poder Judiciário.”

⁹ “Autoanistia” pode ser definida como o ato pelo qual um grupo, unilateralmente, concede a anistia a si próprio.

uma vez que a anistia resultou de um longo debate nacional para viabilizar a transição de um regime autoritário militar e o regime democrático (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010).

Ingressaram como *amicus curiae* o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), a Associação Brasileira de Anistiados Políticos (ABAP) e a Associação Democrática Nacionalista de Militares (ADNAM).

A ADPF 153 foi julgada nos termos do voto do Relator, Ministro Eros Grau. Pela diferença de sete votos contra dois, prevaleceu o entendimento segundo o qual a Lei de Anistia seria válida, por apresentar-se como instrumento de transição do regime ditatorial para o democrático que cumpriu seu propósito conciliador, contemplando os crimes praticados por agentes do Estado.

Durante a votação, o Ministro Eros Grau, fez uma reconstituição histórica e política das circunstâncias que levaram à edição da Lei da Anistia e ressaltou que não cabe ao Poder Judiciário rever o acordo político que, na transição do regime militar para a democracia, resultou na anistia de todos aqueles que cometeram crimes políticos e conexos a eles no Brasil entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. O Relator registrou, ainda, que a petição da arguente não leva em consideração a luta pela redemocratização através da anistia; elencou alguns atos de anistia que ocorreram entre os anos de 1891 e 1985 sobre acontecimentos ocorridos ao longo da história, lembrando que cada episódio deve ser interpretado com base na realidade político-social de seus respectivos tempos; frisou que a Lei de Anistia não pode sofrer mudanças através de uma iniciativa do judiciário por conta de sua natureza fortemente política. Posicionando-se pela improcedência da ADPF. Quanto à recepção ou não da Lei de anistia pela Constituição Federal, o Ministro se referiu a Emenda Constitucional n. 26 de 27 de novembro de 1985, que, em seu artigo 4º, a reafirmou a concessão de anistia aos servidores públicos civis e militares, punidos por atos de exceção, para em seguida, no seu §1º, concedê-la aos autores de crimes políticos ou conexos com estes cometidos no período

de 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, conforme seu parágrafo 2º. A emenda, segundo o Relator: “inaugura uma nova ordem constitucional. Consubstancia a ruptura da ordem constitucional que decairá plenamente no advento da Constituição de 05 de outubro de 1988.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010).

Conforme expressado pelo ministro Eros Grau, a EC n. 26/85 foi um instrumento mediante o qual convocou-se o Poder Legislativo Constituinte Originário para a elaboração da CF/88, recepcionando, assim, a concessão de anistia para os crimes políticos ou conexos a todos os agentes.

Além do ministro Eros Grau, posicionaram-se dessa maneira as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, e os ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso. Defenderam uma revisão da lei, alegando que a anistia não teve “caráter amplo, geral e irrestrito”, os ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto. Para eles, certos crimes são, pela sua natureza, absolutamente incompatíveis com qualquer ideia de criminalidade política pura ou por conexão.

Dentre as alegações da Ministra Cármen Lúcia estão: a impertinência do apontado na arguição quanto a formulação da lei pelo Congresso Nacional ter sido ilegítima, caso contrário, segundo a ministra, a validade da própria Constituição de 1988 deveria ser questionada; indagou sobre a possibilidade de modificar um dispositivo legal depois de três décadas de um mesmo entendimento; ressaltou que, por tratar-se de matéria penal, não poderia retroagir, salvo para beneficiar o réu. A ministra afirmou ainda que a procedência do pretendido na ADPF n. 153/DF acabaria por se tornar uma *revisão criminal às avessas*, sendo tal figura jurídica inadmissível na jurisprudência do STF quando a mudança baseia-se apenas na interpretação do texto normativo; lembrou também que a própria OAB participou ativamente da elaboração da Lei de Anistia e que o partido MDB, que fazia oposição ao regime, esperou pela manifestação da entidade para então posicionar-se

quanto ao texto da Lei. Por fim, julgou improcedente (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010).

O Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que, ainda que o país estivesse em uma situação de exceção os agentes estatais continuariam obrigados a respeitar os princípios internacionais referentes a direitos humanos; explicou a diferença feita pelo STF entre crimes políticos típicos – ex: praticados contra a integridade territorial de um país, a pessoa de governantes – e os crimes políticos relativos que devem ser analisados em cada caso concreto; defendeu que o art. 1º, 1º da Lei n. 6.683/79 deve ser interpretado de modo a não contemplar automaticamente os agentes de Estado, devendo os julgadores avaliarem em cada situação a aplicabilidade ou não de crimes conexos. Votou pela procedência (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010).

O Ministro Ayres Britto destacou o fato de que a Lei poderia anistiar torturadores, desde que o fizesse expressamente, sem margem para outras interpretações, pois, por tratar-se de sua uma concessão ampla, geral e irrestrita, deveria ter sido formalizada com clareza após um regime político ditatorial. Posicionando-se pela procedência da arguição pra que se possa excluir os delitos previsto no art. 5º, XLIII da Constituição Federal da interpretação contida no art. 1º, § 1º da Lei de Anistia (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010).

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, a amplitude de um ato de caráter político somente pode ser definida de forma política, pois a anistia representa a fundação da nova ordem constitucional de 1988. Destacou, ainda, que a anistia faz parte de um pacto político que não pode ser interpretado de maneira restritiva, caso contrário iria contra a própria ideia pactuada. Esclareceu que a capacidade de resolver conflitos demonstra o fortalecimento da democracia. O Ministro frisou, ainda que a Lei n. 6.683/79 é abrangente e comporta toda a carga política e ideológica presente na época, revelando seu art. 1º compatível com a ordem Constitucional vigente; lembrou que o STF considera que as normas que tratam de prescrição são de direito material, de

modo que sua alteração não poderá retroagir para alcançar delitos pretéritos. Posicionou-se pela improcedência da arguição (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010).

A Ministra Ellen Gracie defendeu que considerar que a Lei de Anistia não foi recepcionada pela Constituição de 1988, revelaria um grande paradoxo ao retirar o benefício de todos que foram por ele alcançados; registrou que a Lei não viola o direito de conhecimento da verdade por conta de sua natureza objetiva que não se direciona a pessoas, mas sim a delitos cometidos durante determinado período, sem apresentar aversão ao acesso de documentos relativos ao regime militar. Votou pela improcedência da ADPF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010).

Destacou o Ministro Marco Aurélio que a anistia possui conteúdo político dotado de oportunidade e conveniência e, ainda, o exaurimento dos efeitos da lei, tal qual uma lei que abole determinado crime, sendo o instituto da anistia a “virada de página definitiva, perdão em sentido maior, desapego a paixões que nem sempre contribuem para o almejo do avanço cultural.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010).

O Ministro Celso de Mello sustentou que a anistia configura uma expressão de clemência soberana do Estado; rejeitou o argumento da imprescritibilidade dos delitos cometidos por considerar que, caso a arguição fosse procedente, a pretensão punitiva do Estado estaria extinta com conta do prazo de mais de 20 anos, previsto no Código Penal. Lembrou que Convenção sobre Imprescritibilidade os Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade, citada na arguição, foi adotada apenas no âmbito internacional, sem ser subscrita pelo Brasil, estando o país desvinculado de tal imprescritibilidade. Optou pela improcedência da ADPF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010).

O Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Cezar Peluso, defendeu que a interpretação puramente processual do termo “conexo” acabaria por beneficiar somente um dos lados do conflito, perdendo a sua carga

história marcada pela transição entre regimes. Afastou o argumento de que o que houve foi uma autoanistia, por tratar-se de um acordo. Argumentou que a procedência da ADPF não traria nenhuma consequência prática, por conta da existência de prescrição, mesmo que o instituto fosse revogado por outro diploma normativo, o próprio sistema normativo não permitia a revogação dos efeitos já produzidas pela lei por conta do princípio da segurança jurídica. Julgou improcedente a ADPF. O Ministro declarou que: “Só o homem perdoa, só uma sociedade superior qualificada pela consciência dos mais elevados sentimentos de humanidade é capaz de perdoar. Porque só uma sociedade que, por ter grandeza, é maior do que os seus inimigos é capaz de sobreviver.” Afirmou, ainda, que: [...] “uma sociedade que queira lutar contra os seus inimigos com as mesmas armas, com os mesmos instrumentos, com os mesmos sentimentos está condenada a um fracasso histórico.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010).

Segundo Tavares (2011):

A decisão, em resumo, fundamentou-se no entendimento de que a Lei 6.683/79 é compatível com a Constituição Federal de 1988 e a anistia por ela concedida foi ampla e geral, alcançando os crimes de qualquer natureza praticados no período compreendido entre 1964 e 1979, por ter sido sua publicação um acordo político entre a sociedade civil e o governo desse período. Entendeu-se, ainda, que o parágrafo 1º do artigo 1º da Lei de Anistia definiu os crimes conexos como sendo as infrações de qualquer natureza que estivessem relacionadas à prática por motivação política, ou seja, incluindo os delitos comuns.

Um dos grandes debates ainda presentes no Brasil, quanto ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, diz respeito ao disposto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLIII, que proíbe a concessão de anistia, graça ou indulto para a prática de tortura e no inciso XXXV, do mesmo artigo, que impede a exclusão

da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. Por outro lado, uma vez declarada válida a Lei de Anistia pela Suprema Corte, o posicionamento dos demais Tribunais brasileiros tendem a negar o prosseguimento de ações envolvendo o tema, baseando-se na falta de justa causa penal e de condições para o exercício da ação penal.

A declaração de recepção da lei pela Constituição de 1988 por parte do Supremo Tribunal Federal, como guardião da ordem constitucional, pode ser justificada pelo fato de a anistia, não só a de 1979, mas todas os atos no mesmo sentido ocorridos em períodos pretéritos, ser considerada um grande instrumento de pacificação e também um marco importante na evolução histórica dadas as circunstâncias em que esteve inserida.

Por conta desse espírito pacificador que o instituto comporta, possibilitou a saída de um regime político de exceção para o regime democrático liberal de maneira consideravelmente dialogada. Ademais, a Lei de Anistia teria produzido todos os seus efeitos, consolidando a situação jurídica quem envolveu todos os participantes do regime militar, atendendo ao princípio da segurança jurídica. Há ainda o fato de que o julgamento não geraria nenhum efeito prático, pois os crimes que foram anistiados já estão prescritos, tanto a responsabilização de caráter penal quanto a de natureza civil.

Entretanto, tais argumentos, fundamentações e justificativas vão contra a necessidade moral que a sociedade brasileira tem de esclarecimentos que por diversos motivos e meios se manifesta. Ainda que a punição nos dias atuais seja impossível, a investigação mais profunda do tema influenciaria diretamente na construção de uma sociedade mais justa e de uma democracia sólida, capaz de superar velhos vícios.

4 PANORAMA COMPARATIVO – JUSTIÇA NACIONAL E INTERNACIONAL

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em abril de 2010, apesar de possuir efeito vinculante, não impediu a perpetuação de muitas divergências, seja em nível nacional ou internacional, justamente por conta da aplicação da lei aos crimes cometidos durante o regime militar pelos seus agentes em diversos casos de violações graves de direitos humanos, dos quais poucos foram investigados e quase nenhum obteve uma solução eficaz. Estes fatos possibilitam o questionamento da própria atuação do Estado, enquanto detentor da pretensão punitiva, sendo o órgão responsável perante a sociedade brasileira pela efetivação da palavra justiça.

Rothenburg sintetiza os debates que levaram ao placar de sete votos a dois durante o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153: as normas internacionais que contrastam com o direito interno são posteriores a criação da Lei de Anistia brasileira; a lei possui efeitos instantâneos (“lei-medida”), de modo que, ao invocar o atual ordenamento jurídico, resta configurada a retroatividade de lei mais gravosa, mecanismo vedado pela Constituição; a prescrição somente teria relevância se fosse afirmada a existência de crimes através do afastamento da aplicação da Lei n. 6.683/1979, sendo que a superveniência da instituição da imprescritibilidade não se aplica aos crimes anteriormente praticados; a anistia representou um acordo político, não se tratando de um ato unilateral, o que a diferencia dos casos já julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos; a lei foi aprovada pelo Congresso Nacional, legitimando um processo de participação da social; a Emenda Constitucional 26/1985 recepciona a Lei de Anistia de 1979, integrando a ordem constitucional vigente (ROTHENBURG, 2013, p. 699-700).

Por conta do julgamento da ADPF n. 153 e da posição adotada pelo STF, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH),¹⁰ durante a decisão proferida no caso “Gomes Lund”,¹¹ declarou que a Lei de Anistia brasileira contraria a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seus artigos 3º, 4º, 5º e 7º, que tratam do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, do direito à vida, à integridade pessoal e à liberdade.

A Corte defendeu, ainda, que a declaração de recepção da Lei de Anistia pela Constituição de 1988, não impede a punição nos casos de graves violações de direitos humanos, tal qual ocorreu no Brasil. Determinou que o Estado brasileiro realizasse a busca pelos restos mortais das vítimas da chamada Guerrilha do Araguaia,¹² bem como, concedesse indenizações e tratamento psicológico para os familiares, e oferecesse cursos sobre direitos humanos para os integrantes das Forças Armadas. Ademais, o Brasil foi condenado a investigar e punir os autores dos delitos, conforme demonstrado nos parágrafos 256 e 257 da Decisão da CIDH:

[...] 256. Tomando em consideração o anteriormente exposto, bem como sua jurisprudência, este Tribunal dispõe que o Estado deve conduzir eficazmente a investigação penal dos fatos do presente caso, a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei disponha. Essa obrigação deve ser cumprida em um

¹⁰ A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão judicial, integrante da Organização dos Estados Americanos. Faz parte do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, que pretende efetivar a aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos e de outros tratados que abordam a questão. A CIDH tem sua sede localizada na cidade de San José na Costa Rica.

¹¹ Segundo o portal “Memórias da Ditadura”, Guilherme Gomes Lund foi um militante do Partido Comunista do Brasil (PC do B). Em 1970 passou a integrar o grupo de guerrilheiros estabelecido às margens do Rio Araguaia. Em 25 de dezembro de 1973, foi vítima da malária, motivo pelo qual permaneceu no alojamento atacado pelas Forças Armadas. É considerado desaparecido político por não terem sido encontrados os restos mortais.

¹² Segundo o portal “Memórias da Ditadura”, Guerrilha do Araguaia foi um movimento criado pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB) que reuniu um grupo de guerrilheiros às margens do Rio Araguaia, que abrange parte dos Estados do Pará, Maranhão e Goiás, entre 1960 e 1970, com objetivo de organizar uma revolução socialista.

prazo razoável, considerando os critérios determinados para investigações nesse tipo de caso, inter alia:

a) iniciar as investigações pertinentes com relação aos fatos do presente caso, levando em conta o padrão de violações de direitos humanos existente na época, a fim de que o processo e as investigações pertinentes sejam conduzidos de acordo com a complexidade desses fatos e com o contexto em que ocorreram, evitando omissões no recolhimento da prova e no seguimento de linhas lógicas de investigação;

b) determinar os autores materiais e intelectuais do desaparecimento forçado das vítimas e da execução extrajudicial. Ademais, por se tratar de violações graves de direitos humanos, e considerando a natureza dos fatos e o caráter continuado ou permanente do desaparecimento forçado, o Estado não poderá aplicar a Lei de Anistia em benefício dos autores, bem como nenhuma outra disposição análoga, prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, ne bis in idem ou qualquer excludente similar de responsabilidade para eximir-se dessa obrigação, nos termos dos parágrafos 171 a 179 desta Sentencia, [...]

257. [...] o Estado deve assegurar o pleno acesso e capacidade de ação dos familiares das vítimas em todas as etapas da investigação e do julgamento dos responsáveis, de acordo com a lei interna e as normas da Convenção Americana. Além disso, os resultados dos respectivos processos deverão ser publicamente divulgados, para que a sociedade brasileira conheça os fatos objeto do presente caso, bem como aqueles que por eles são responsáveis. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, p. 95-96).

O processo no caso Gomes Lund e outro vs. Brasil de deu por conta da demora do judiciário brasileiro em dar uma resposta eficiente para as vítimas da Guerrilha do Araguaia e seus familiares. Nesse sentido, a anistia concedida representou um óbice à produção de efeitos penais nos processos existentes. Por conta da morosidade e ineficácia do poder judiciário brasileiro nos casos apresentados a justiça nacional, as famílias das vítimas,

juntamente com o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL)¹³ em 1995 peticionaram junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tornando a República Federativa do Brasil, ré. Em 2008, a Comissão enviou um relatório prevendo algumas recomendações ao país, porém não se obteve o efeito esperado. Razão pela qual o órgão submeteu o caso à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos buscando a ineficácia da Lei de Anistia brasileira para penalização do caso Araguaia. Tendo em vista que a jurisprudência da Corte e as manifestações dos órgãos vinculados à ONU há muito já expunham sua contrariedade ao perdão concedido aos crimes de lesa-humanidade (BATISTA, 2014).

A decisão não obteve atenção especial por parte do Brasil e do Supremo Tribunal Federal. O que pode ser compreendido pelo fato de, embora a decisão da Corte possua efeitos morais negativos junto ao Estado brasileiro, não é capaz de anular a decisão já proferida pelo STF, pois exerce um papel subsidiário diante de decisões internas, sem reformar, exercendo o chamado controle de convencionalidade como forma de garantir a aplicação interna das convenções internacionais das quais os países são signatários, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) que foi ratificada pelo Brasil.

A Constituição brasileira não impede a aplicação do controle de convencionalidade através da Corte Internacional. Contudo há grande questionamento quanto à competência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação às violações cometidas no passado, uma vez que, o Brasil ratificou oficialmente a jurisdição internacional da Corte somente em 1998, com a promulgação da nova ordem constitucional. Além disso, manteve-se a ressalva de não apreciação dos fatos ocorridos anteriormente ao reconhecimento (ROTHENBURG, 2013).

¹³ Segundo o site da CEJIL, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional é uma organização criada em 1991, que envolve organizações de direitos humanos da América Latina e do Caribe. Seu objetivo é alcançar a implementação de normas internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico dos Estados membros da OEA.

Por outro lado, as dificuldades de efetivação da decisão da Corte Interamericana, enfrentadas junto ao Estado brasileiro, não impossibilitam que exista uma análise quanto às indicações apresentadas. Em que pese a Corte não ter o poder de vincular o Poder Judiciário brasileiro, por não ter competência para apreciar os acontecimentos anteriores a Constituição de 1988, cabe a ela, enquanto integrante de um sistema de proteção dos direitos humanos, julgar o que o país fez ou deixou de fazer em relação aos crimes contra a humanidade perpetrados durante mais de vinte anos de governo ditatorial.

A principal função dessa CIDH é promover a observância e a proteção dos Direitos Humanos na América. Para tanto, faz recomendações aos Governos dos Estados-partes, enfatizando a adoção de medidas adequadas à proteção desses direitos. Também é necessário submeter à Assembleia Geral da Organização dos Estados-membros, seu relatório anual, visando atualizar a situação dos Direitos Humanos nos diversos Estados membros da Convenção. O exame das denúncias de violação a direitos consagrados pela Convenção por parte de Estado-membro, também é feito pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Conforme demonstrado no art. 52 e seguintes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o papel por ela exercido é de consulta.

Segundo Gomes e Piovesan: “tem força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento.” Entretanto, não há previsão expressa de uma forma efetiva de execução dessas sentenças. A máxima consequência para o Estado que não atender às disposições é a exposição política (GOMES E PIOVESAN, 2000, p. 45).

De modo adverso do Brasil, países como Argentina e Chile, que também ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos, decidiram reavaliar suas leis de anistia, nos termos das determinações da Corte Interamericana. Estes Estados trabalharam no esclarecimento de violações ocorridas, aproximando-se da consagração de direitos reconhecidos internacionalmente e garantindo a promoção da memória e da verdade diante

da população e a legitimidade de um Estado de Direito através da reconciliação nacional (WOJCIECHOWSKI, 2013, p. 188 apud BATISTA, 2014).

Assim como no Brasil, a ditadura chilena foi instaurada através de um Golpe de Estado, em 1973. A partir daí houveram sistemáticas violação de direitos humanos que perduraram até 1990. Tal qual se caracteriza um governo ditatorial, o regime chileno foi marcado por supressões de partidos políticos e repressões violentas em face daqueles que lutaram contra a ditadura, gerando um número alto de prisioneiros políticos, mortos e desaparecidos. Com as condenações internacionais sofridas pelo Estado chileno iniciou-se um processo de transição para a democracia, através de eleições, da Lei de Anistia Chilena de 1978, da Constituição de 1980, dentre outras medidas (DAUER, 2016).

Quando chegou ao fim a ditadura, em 1990, foi instaurada a Comissão Nacional da Verdade e Reconciliação Chilena. Entre seus objetivos, estava prestar esclarecimentos a respeito das violações de direitos humanos cometidas entre 11 de setembro de 1973 e 11 de março de 1990, período em que o governo ditatorial esteve à frente do país. O relatório final emitido pela comissão apontou milhares de casos de violações de direitos humanos durante a ditadura, envolvendo muitas vítimas, mortos ou desaparecidos (DAUER, 2016).

Além disso, o desenvolvimento da justiça transacionou chilena buscou pautar-se pelo reconhecimento dos direitos humanos. Inclusive buscando a anulação da Lei de Anistia, ainda que com um fim simbólico, devido às dificuldades legais e temporais de punibilidade, reabrindo casos que foram encerrados e trazendo para as famílias a possibilidade de conhecer os fatos ocorridos durante o regime ditatorial e o paradeiro de presos desaparecidos. As ações em busca da memória, da justiça e da verdade no Chile, partem tanto do Governo quanto de vários setores e organizações sociais. O que torna a justiça de transição um meio sólido para a consolidação democrática e dos princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito. Iniciativas como as

do Chile, também forma adotadas pela Argentina, e demonstram avanços em relação ao Brasil e aos meios transacionais adotados pelo Estado brasileiro.

A Argentina passou a ser governada por um regime ditatorial em 1976, quando militares argentinos tomaram o poder, fechando o Congresso Nacional e suprimindo setores do poder judiciário nacional, além de inúmeras práticas perversas. Fatos que só chegaram ao fim com a edição de uma Lei de Pacificação Nacional, que é considerada uma espécie de “autoanistia”, e representou o esquecimento das graves violações de direitos humanos perpetradas pela ditadura, e, em seguida, convocara-se novas eleições (WOJCIECHOWSKI, 2014).

Ao ser eleito, em 1983, o Presidente Raul Alfonsín passou a adotar medidas em prol da democracia, dentre as quais estavam a criação de uma Comissão da Verdade; a revogação da anistia existente em favor dos militares pelo Congresso; e o pagamento de indenizações em favor de familiares das vítimas da ditadura. Contudo, isso não impediu que a Argentina fosse submetida a diversas condenações e punições na Corte Interamericana de Direitos Humanos, por conta de morosidades judiciárias e óbices legislativos (WOJCIECHOWSKI, 2014).

No caso do Brasil, as atitudes adotadas para reparar os crimes cometidos durante a ditadura militar, foram poucas e tiveram prosseguimentos lentos quando comparados aos que ocorreram em alguns países vizinhos. São exemplos dessa morosidade: com as condenações contra o Brasil, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) considerou que os crimes cometidos durante a ditadura são imprescritíveis e não passíveis podem ser anistiados, sendo necessária a revisão da Lei de Anistia, todavia, o STF decidiu a favor da constitucionalidade da lei; a Comissão Nacional da Verdade (CNV) somente foi criada em novembro de 2011, após a Condenação por parte da CIDH, no caso Araguaia, e foi responsável por investigar violações de direitos humanos cometidas entre setembro de 1946 e outubro de 1988, sendo um dos últimos países sul-americanos a adotar a CNV como mecanismo transacional.

Destarte, as lacunas não preenchidas durante a justiça transacional permanecem motivando diversos problemas internos e externos.

O Brasil acabou por criar meios para buscar a cicatrização de tais “feridas” deixadas pelo longo período do regime militar no país, principalmente com a criação da Comissão Nacional da Verdade, que, conforme o **Portal “Memórias Da Ditadura”**: “[...] Apesar de tardia, pois instituída praticamente 50 anos depois do golpe militar, ela foi um marco importante para passar a limpo esse período nefasto e violento da história do país.” (BRASIL, 2011). Nesse sentido, a Lei n. 12.528/2011, que criou a Comissão Nacional da Verdade, foi um instrumento que para atender a justiça de transição, assim como em outros países que vivenciaram períodos de autoritarismo.

Porém, segundo Moraes, a Comissão foi criada apenas para indenizar as famílias dos mortos e desaparecidos, sem poder para punir os culpados, inexistindo julgamento, mesmo se tratando de violação de direitos humanos. A CNV acabou por ocupar o mesmo do patamar da Lei de Anistia no ordenamento jurídico brasileiro. Na medida em que a Lei de Anistia impede a abertura de processos judiciais contra os civis e militares que praticaram crimes durante a ditadura militar e a consolidação de uma cultura que respeite os direitos humanos. Enquanto que a comissão da verdade privilegia o chamado esquecimento “libertador”, que objetiva superar as dores trazidas pela ditadura e vivenciar a nova realidade (MORAES, 2015, p. 96).

O governo brasileiro, durante muito tempo, trabalhou para consolidar a “política do esquecimento”, evitando o passado. Especificamente em relação a Comissão Nacional da Verdade, trata-se de um colegiado instituído pelo Governo brasileiro em 2011, com as finalidades de investigar e esclarecer os fatos ocorridos durante o regime de exceção. Após mais de dois anos de trabalho, a CNV emitiu relatório com o resultado das circunstâncias e autoria das violações, para tanto foram colhidos depoimentos, realizadas audiências e sessões públicas pelo país, além de outras diligências. Por conta do lapso

temporal decorrido entre o regime ditatorial e a instauração da Comissão; e da declaração de recepção da Lei de Anistia pela Constituição de 1988, as conquistas alcançadas pelo relatório surtiram efeito apenas no campo moral.

Importante ressaltar as definições acerca da punibilidade jurídica, da Organização das Nações Unidas em relatório de 2012:

A impunidade por atos de tortura está disseminada e se evidencia pelo fracasso generalizado em levar-se os criminosos à justiça, bem como pela persistência de uma cultura que aceita os abusos cometidos pelos funcionários públicos. Em muitas de suas reuniões, o SPT solicitou acesso ao número de indivíduos sentenciados pelo crime de tortura, mas o dado não foi fornecido. Os indivíduos entrevistados pelo SPT não demonstraram esperança de que justiça fosse feita ou de que sua situação particular fosse considerada pelas instituições estatais. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012, p. 11).

Por fim, se em outros países latino-americanos o processo transicional se desenvolveu/ desenvolve com base em princípios internacionais, o Brasil, por sua vez, avança de forma vagarosa nessa direção. Por conta dos poucos avanços na direção de uma justiça transicional sólida, o regime democrático instaurado no Brasil torna-se frágil e as instituições do Estado acabam por não efetivar direitos básicos, visto que, diariamente são violadas inúmeras garantias constitucionais dos cidadãos brasileiros. A desobediência aos preceitos definidos internacionalmente torna o Estado brasileiro alvo de um sistema internacional de proteção aos direitos humanos e, principalmente, causa sérios problemas internos. Tornando a realidade extremamente influenciável pela mesma essência (impune) de abusos e excesso de poder centralizado, repetindo-se os mesmos erros e formando uma sociedade cada vez mais esgotada, seja por fatores sociais, econômicos, histórico ou culturais.

5 CRIMES POLÍTICOS E CRIMES COMUNS

A Lei n. 6.683/1979 definiu como anistiados os crimes políticos ou crimes comuns conexos com estes. As interpretações mais abrangentes da lei, acabaram por beneficiar não só aqueles que foram vítimas de um Estado abusivo ao lutar pela democracia, mas também os próprios agentes políticos e militares que cometeram os mais graves crimes durante a ditadura, impedindo que estes sejam processados pelo Judiciário Brasileiro. Nesse sentido, define Salomão:

A vigência da Lei da Anistia de 1979 significou, na prática, relegar ao olvido todas as violações dos direitos humanos ocorridas desde 1964. Porém, o tratamento é completamente diferente para militantes de esquerda e para os agentes da repressão estatal. Os militantes que se opuseram ao regime militar (e não apenas os que se envolveram na luta armada) pagaram caro por suas convicções. Foram presos, afastados de seus empregos, torturados, exilados, mortos. Ou simplesmente desapareceram. A anistia, para a maioria, chegou tarde. Para os agentes da repressão estatal que torturaram, mataram ou fizeram desaparecer esses militantes, nunca houve julgamento. Seus crimes ficaram até hoje impunes, embora, de acordo com todas as leis internacionais, sejam considerados hediondos e imprescritíveis. Isso traz ao Brasil descrédito internacional, evidenciado pela sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos condenando nosso país pela não punição desses crimes. O Estado e seus agentes autoanistiarão-se, o que é inconcebível. (SALOMÃO, 2014).

As palavras do autor refletem o posicionamento de várias entidades nacionais e internacionais. Evidenciando, assim, a ausência de consenso quanto aos crimes anistiados, por conta da sua conceituação polêmica e da difícil compreensão dos crimes políticos e dos crimes comuns conexos, que, de acordo com o julgamento do Supremo Tribunal Federal, também foram abrangidos pela Lei de Anistia brasileira.

Segundo Bastos, a distinção entre crime comum e crime político verifica-se em quatro aspectos, quais sejam: a natureza do direito lesionado; o crime político ofende um direito político, tais como os inerentes à segurança do Estado; o fim ao qual o agente se propõe; as circunstâncias que acompanham o crime; e o nexó entre a finalidade da ação ou omissão e o direito protegido (BASTOS, 2009).

Hungria define o crime político puro como aquele que:

[...] ofende ou expõe a perigo de ofensa, exclusivamente, a ordem política em sentido amplo ou a ordem político social (compreensiva não apenas das condições existenciais e o regime governamental do Estado e dos direitos políticos dos cidadãos, senão também, nas suas bases fundamentais, a organização social, sobre a qual se ergue a ordem política em sentido estrito), e cujo autor, além disso, tem por escopo esse mesmo resultado específico ou assume o risco de seu advento. Crime político relativo é o crime comum, isto é, lesivo de interesses de direito comum, mas praticado por motivo político, ou como meio de crime político, formando com este unidade jurídica (crime complexo), ou no curso ou por ocasião de crime político, apresentando-se um e outro intimamente conexos (crime político por conexidade). (HUNGRIA, 1960, p. 7).

No que tange à conexão entre crimes, estes são entendidos, como dependentes, ou seja, um crime é cometido como meio para assegurar ou ocultar outro, seja por motivações ideológicas, ocasionais ou consequenciais. Por ocasião da elaboração da Lei de Anistia, esteve inclusa a expressão “crime conexo ao crime político”, que, de acordo com os legisladores envolvidos, era o dispositivo responsável por garantir amplitude, generalização e o caráter irrestrito que se buscava nas manifestações sociais demonstradas nos países durante o movimento pela redemocratização. Contudo, dentre os crimes considerados conexos aos crimes políticos que foram abrangidos pelo art. 1º

da Lei de Anistia, encontram-se crimes graves, hoje reconhecidos como crimes hediondos, imprescritíveis na Constituição de 1988.

Diante de posicionamentos diversos e do notável conflito existente entre os dois dispositivos normativos, há argumentos de quem defende a impossibilidade de aplicação da anistia em face de crimes comuns, cometidos por motivações políticas durante o regime militar iniciado em 1964, por conta de tais delitos não decorrerem exclusivamente de motivações políticas, e que crimes como tortura, sequestro, terrorismo e homicídio deveriam ser levados a julgamento. Por outro lado, há aqueles que acreditam que a anistia alcança não só os crimes políticos, mas quaisquer outros crimes praticados como meio ou garantia para o cometimento destes, determinando-se a conexão entre ambos pela finalidade e motivação política de um governo autoritário ao exigir sua permanência no poder.

A jurisprudência brasileira já se manifestou no sentido de tornar possível a aplicação da anistia concedida pela Lei n. 6.683/79, a todos os delitos conexos por conta da disposição expressa da norma, ainda que tal posicionamento cause grandes discussões doutrinárias por conta da natureza e da gravidade de alguns crimes. Quanto à gravidade dos crimes abrangidos pela Lei, Tavares explica:

[...] A tortura, prática repugnante e covarde, constitui crime contra a humanidade. O Brasil é signatário de Convenções e Tratados Internacionais, ratificados pelo Congresso Nacional, como o Pacto de San Jose da Costa Rica, que asseguram o respeito a direitos políticos, civis e humanos, considerando, ainda, as violências praticadas, em razão de perseguições políticas, delitos contra a humanidade, sendo, assim, imprescritíveis. Além disso, a impunidade que se estabeleceu aos torturadores não pode significar isentá-los de responsabilidade criminal pelas barbaridades cometidas [...] (TAVARES, 2011).

Comumente pode-se notar dentre os países que adotaram a anistia como instrumento de despenalização, que as leis elaboradas pelo Estado

na saída um regime ditatorial, seja militar ou não, e oferecidas àqueles considerados opositores, possuem uma característica em comum: ao anistiar crimes comuns conexos aos políticos, buscam imunizar os atos cometidos pelo próprio governo. Evidenciando “via dupla”, concedendo o esquecimento dos crimes praticados pelos cidadãos contra o Estado, como também aos perpetrados pelo Estado em face da população. Este certamente é a maior causa controvérsias, uma vez que os atos criminosos do Governo são muitos e notavelmente piores do que os delitos dos cidadãos.

Portanto, estabelecer a conexão entre crimes políticos e crimes comuns demonstra a dificuldade da ciência criminal em evitar que a função do direito penal se torne um meio de opressão política/social. A natureza da anistia, enquanto ato político integrante de um momento de grandes conflitos entre governo e sociedade, está voltada aos crimes políticos puros, de modo que, a tendência legislativa adotada em 1979 de abranger as infrações tipificadas como comuns, torna a anistia um objeto subjetivo que busca justificar os criminosos e não se atentar ao delito. Perdendo, assim, a característica de generalidade, na qual justificou-se o anseio social por esse instrumento de pacificação.

Nas palavras da Ministra Ellen Gracie durante o julgamento da ADPF 153/DF: “uma nação tem sua dimensão definida pela coragem com que encara seu passado, para dele tirar as lições que lhe permitam nunca mais repetir os erros cometidos.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010).

6 CONCLUSÃO

Ao longo da pesquisa, foi possível notar o desenvolver de um dever internacional de buscar formas de evitar a perpetração de violações de direitos humanos, como em um ciclo que envolve a evolução dos meios de investigação, processamento, punição e reparação. Dever, este, decorrente da incidência de graves crimes cometidos em face de grupos ou indivíduos, seja

por questões de ordem moral, política, religiosa, ou quaisquer outros conflitos estabelecidos em diversos momentos da história, inclusive entre nações. Superando a discricionariedade que durante muito tempo baseou as decisões dos Estados que resultaram em perdão e esquecimento da autoria de delitos. Ao sobrepor a proteção irrestrita de valores fundamentais diante das decisões internas, a exemplo do caso brasileiro, nascem conflitos em face dos interesses do Estado e da soberania a ele inerente.

Sob o ponto de análise da decisão do Supremo Tribunal Federal, que optou pela recepção da Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979 (Lei da Anistia) perante a ordem constitucional atual, a postulação da Ordem dos Advogados do Brasil buscou atentar-se para a jurisprudência internacional e para o próprio ressentimento social existente, argumentando pela não aplicação da anistia aos torturadores do regime militar.

Os resultados obtidos no estudo demonstram que, para compreensão do decidido na ADPF 153 e da amplitude da Lei n. 6.863/79 é necessário explorar diferentes aspectos de interpretação que envolve características históricas, políticas, culturais, e também jurídicas. Ao analisar os argumentos da ratificação da Lei pelo STF, a decisão revela-se como a única alternativa jurídica viável após o decorrer de muitos anos desde a instauração de um regime de exceção que deixou graves feridas na sociedade brasileira, como requisito necessário à segurança jurídica do país, ao passo que a Lei de Anistia acabou por produzir todos os seus efeitos, consolidando a situação jurídica quem envolveu todos os participantes do regime militar. Por esse motivo, o julgamento dos crimes cometidos durante o período abrangido pela lei, não geraria nenhum efeito prático, pois já foram alcançados pela prescrição, tanto a responsabilização de caráter penal quanto a de natureza civil. Além disso, a Lei de Anistia constitui um importante instrumento de pacificação nacional e de alguma forma representa a prevalência da democracia em face do pensamento autoritário, representando um marco importante na evolução histórica dadas

as circunstâncias em que esteve inserida. Embora a democracia atual seja, por unanimidade, imperfeita, ainda representa um regime político liberal.

Demonstrou-se, ainda, que o posicionamento adotado Poder Judiciário brasileiro denota divergências em relação aos relatórios e orientações repassadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, bem como da decisão proferida pela Corte no caso Gomes Lund, vez que não conduziu investigações dos fatos e violações ocorridos, nem efetivou responsabilidades penais; não foi capaz determinar os autores das infrações que envolveram desaparecimento forçado e mortes; não deixou de aplicar a Lei de Anistia em benefício dos autores, nem afastou os institutos da prescrição, irretroatividade da lei penal e coisa julgada.

A dificuldade do Brasil em efetivar os instrumentos normativos a partir do respeito aos direitos humanos, mesmo com mais de trinta anos de vivência democrática, revela que o processo de transição brasileiro ainda está sendo construído, sendo a decisão do STF em favor da Lei de Anistia, parte integrante das medidas lentas adotadas pelo Brasil desde a saída do regime militar, que em muito se diferenciam das adotadas por outros países, mas que possuem pontos eficazes, mesmo que não impeçam interpretações mais críticas diante da crescente participação social na forma de governo inaugurada em 1988. Com a jurisprudência nacional firmada na força vinculante do Supremo Tribunal Federal, a maior dificuldade atualmente encontrada pelo Estado brasileiro para a legitimação das medidas até aqui adotadas está na sensação de impunidade estabelecida a partir da inexistência de julgamento daqueles que, à época, detinham o dever de proteção dos cidadãos e acabaram por usar da força que possuíam para cometer graves violações na busca por mais poder, representando uma dívida eterna e um desafio constante pela verdade, memória e justiça, alicerces de uma reestruturação social.

Diante de toda a argumentação apresentada no decorrer da pesquisa, conclui-se que a Lei n. 6.683/79 é juridicamente válida, apenas internamente, diante da posição adotada pelo órgão supremo do Poder

Judiciário brasileiro quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153; os crimes comuns considerados conexos aos crimes políticos foram abrangidos pela anistia, unicamente pela motivação estabelecida; foi socialmente eficaz no momento de sua edição, abrindo caminho para a transição entre os regimes governamentais; é ilegítima perante os valores hoje estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico e por contrariar critérios internacionais de proteção irrestrita dos direitos da pessoa humana.

Restando a necessidade que, diante da existência de novas anistias, estas sejam aplicadas juntamente com outras medidas, respeitando as abordagens transacionais, fortalecendo as relações estabelecidas entre a sociedade e o Estado Democrático de Direito, sem isentar o Estado perpetrador de violações da justa responsabilização, como meio de construir uma base sólida na busca pelo fim da impunidade, e principalmente, pautar-se pelo dever de proteção aos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

BASTOS, L. E. A. F. *Anistia: as leis internacionais e o caso brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2009.

BATISTA, D. T. A anistia em debate ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Jus Navigandi*, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29616/a-anistia-em-debate-adpf-153-e-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos/3>. Acesso em: 30 ago. 2019.

BOBBIO, N. *Estado Governo Sociedade: Para uma teoria geral de política*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985. Convoca Assembléia Nacional Constituinte e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 nov. 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_ anterior1988/emc26-85.htm. Acesso em: 1 maio 2019.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 maio 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 26 abr. 2019.

BRASIL. Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 28 ago. 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm. Acesso em: 1 maio 2019.

BRASIL. Lei n. 9.882, de 02 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 3 dez. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 20 maio 2019.

BRASIL. Lei n. 12.528, de 18 de novembro de 2011. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153*. Inteiro teor do Acórdão. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 6 maio 2019.

CABRAL, D. C. O que foi o julgamento de Nuremberg? Formação inédita de um tribunal militar internacional julgou o alto escalão nazista. *Super Interessante*, 2012. Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/o-que-foi-o-julgamento-de-nuremberg/>. Acesso em: 1 maio 2019.

CEJIL. Disponível em: <https://www.cejil.org/es/quienes-somos-mas>. Acesso em: 14 set. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C. n. 219. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 22 jul. 2019.

DAUER, G. R. Marcas da Memória: justiça de transição no Brasil e no Chile. *Revista de Iniciação Científica em Relações Internacionais*, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/ricri/article/view/28427/15561>. Acesso em: 9 set. 2019.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris*. 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 1 maio 2019.

DICIONÁRIO MICHAELIS ONLINE. *Ditadura*. 2019. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=ditadura+>. Acesso em: 16 jul. 2019.

FRIEDE, R. R. *Revisão da lei de anistia: um contraponto*. Rio de Janeiro: Ciência Moderna, 2015.

GOMES, L. F.; PIOVESAN, F. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000.

HUNGRIA, N. A criminalidade política no direito brasileiro. *Revista Forense*, v. 188, a. 87, mar./abr. 1960.

LUCENA, M. A. D. de; GAIOTE, T. R. O. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a sentença do caso Gomes Lund “Guerrilha do Araguaia”. *Revista Jus Navigandi*, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50185/a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-e-a-sentenca-do-caso-gomes-lund-guerrilha-do-araguaia/4>. Acesso em: 28 ago. 2019.

MAJEWSKI, T. dos S. Da Ditadura Militar à redemocratização pelos Direitos Humanos: análise comparativa entre o Brasil e a Argentina sob os limites da justiça de transição. *Conteúdo Jurídico*, 2017. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Monografias-TCC-Teses/50726/da-ditadura-militar-a-redemocratizacao-pelos-direitos-humanos-analise-comparativa-entre-o-brasil-e-a-argentina-sob-os-limites-da-justica-de-transicao>. Acesso em: 10 set. 2019.

MEMÓRIAS DA DITADURA. *Acervo online sobre a história da ditadura no Brasil*. Disponível em: <http://memoriasdaditadura.org.br>. Acesso em: 7 set. 2019.

MORAES, L. C. de. *Verdade e Justiça: lei de anistia e comissão nacional da verdade na democracia brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

OLSEN, T. D.; PAYNE, L. A.; REITER, A. G. As implicações políticas dos processos de anistia. In: PAYNE, L. A.; ABRÃO, P.; TORELLY, M. D. *A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional comparada*. Brasília e Oxford: Comissão de Anistia: Ministério da Justiça, 2011. p. 542-570.

ONU BRASIL. *O que são Direitos Humanos*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>. Acesso em: 15 maio 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*. 2012. Disponível em: www.onu.org.br/img/2012/07/relatorio_SPT_2012.pdf. Acesso em: 14 set. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Relatório Mundial sobre Violência e Saúde*. Genebra: OMS, 2002. Disponível em: <https://www.cevs.rs.gov.br/upload/arquivos/201706/14142032-relatorio-mundialsobre-violencia-e-saude.pdf>. Acesso em: 15 maio 2019.

PAYNE, L. A.; ABRÃO, P.; TORELY, M. D. A anistia na era da responsabilização: contexto global, comparativo e introdução no caso brasileiro. In: PAYNE, L. A.; ABRÃO, P.; TORELLY, M. D. *A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional comparada*. Brasília e Oxford: Comissão de Anistia: Ministério da Justiça, 2011a. p. 21-31.

PAYNE, L. A.; ABRÃO, P.; TORELLY, M. D. *A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional comparada*. Brasília e Oxford: Comissão de Anistia: Ministério da Justiça, 2011b.

RIBEIRO, R. J. *A democracia*. 3. ed. São Paulo: Publifolha (Folha Explica), 2013.

ROTHENBURG, W. C. Constitucionalidade e Convencionalidade da Lei de Anistia Brasileira. *Revista DIREITO GV* 18, 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/21449/20206>. Acesso em: 4 set. 2019.

SALOMÃO, R. E. Lei da Anistia, herança da ditadura militar. *Gazeta do Povo*, 2014. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/lei-da-anistia-heranca-da-ditadura-militar-ecno5r0o0d1nufnqml4kx9vy>. Acesso em: 6 maio 2019.

SANT'ANNA, P. V. A lei de Anistia como forma de esquecimento. *Memória & Esquecimento*, 2011. Disponível em: <http://guaiaca.ufpel.edu.br/bitstream/123456789/743/3/A%20lei%20da%20anistia%20como%20forma%20de%20esquecimento.pdf>. Acesso em: 13 maio 2019.

SANTIAGO, E. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Infoescola*, 2012. Disponível em: <https://www.infoescola.com/direito/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental/>. Acesso em: 31 jul. 2019.

SANTOS, E. M. B. dos. Amicus curiae: um instrumento de aperfeiçoamento nos processos de controle de constitucionalidade. *Revista Jus Navigandi*, 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7739/amicus-curiae>. Acesso em: 20 maio 2019.

SILVA, J. A. da. O Estado Democrático De Direito. *Revista de Direito Administrativo*, v. 173, 1988. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>. Acesso em: 26 abr. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Institucional*. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>. Acesso em: 31 jul. 2019.

SWENSSON JUNIOR, L. J. *Anistia Penal: problemas de validade da lei de anistia brasileira*. Curitiba: Juruá, 2011.

TAVARES, K. R. Tortura nunca poderá ser considerada crime político. *Consultor Jurídico: Artigos*, 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-jan-11/decisao-stf-lei-anistia-nao-coloca-ponto-final>. Acesso em: 18 jul. 2019.

WOJCIECHOWSKI, P. B. Leis de anistia e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos: estudo comparativo Brasil, Argentina e Chile. In: BATISTA, D. T. A anistia em debate ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Jus Navigandi*, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29616/a-anistia-em-debate-adpf-153-e-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos/3>. Acesso em: 2 set. 2019.

ZYL, P. V. Promovendo a Justiça Transacional em Sociedades Pós- Conflito. *Revista Política e justiça de transição*, Brasília, DF, n. 1, jan./jun. 2009. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/ane-xos/2009revistaanistia01.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2019.

MATERNIDADE TARDIA: A RESOLUÇÃO N. 2.168/2017 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA E A AUTONOMIA DA VONTADE DA MULHER COM MAIS DE 50 ANOS

Bruna Maciel Dressler¹

Rafaella Zanatta Caon Kravetz²

Resumo: O presente artigo levantará questões principalmente acerca da mulher brasileira com mais de 50 anos que deseja a maternidade nesta etapa da vida, demonstrando os prós e contras da obrigatoriedade da prévia avaliação global por outro profissional que não o responsável pelo procedimento das técnicas de reprodução humana assistida, bem como uma sucinta abordagem em relação à carência de legislação brasileira acerca da área de Reprodução Humana. Ainda, apresenta os direitos humanos juntamente com a autonomia da vontade da mulher com mais de 50 anos e a possível violação deste direito, abordando o viés do livre arbítrio e dos riscos que podem ocorrer. O presente trabalho foi baseado na literatura existente e dividido em tópicos que abordaram a maternidade, a autorização para a mulher com mais de 50 anos se submeter às técnicas de reprodução assistida, a reprodução em si, com suas técnicas e tratando da Resolução n. 2.168/2017, do Conselho Federal de Medicina, seguindo para o Projeto de Lei n. 115/15, autonomia da vontade e direitos reprodutivos e por fim, da autorização médica.

Palavras-chave: Reprodução Humana Assistida. Mulheres. Avaliação. Legislação Brasileira. Normativas médicas. Autonomia da vontade. Direitos reprodutivos.

¹ Graduanda no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; dresslerbruna@gmail.com

² Mestra em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; rafaella.caon@unoesc.edu.br

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, grande parte das mulheres está postergando a maternidade devido a vários fatores, mas principalmente devido à entrada no mercado de trabalho, à procura da almejada estabilidade financeira, ou pelo foco nos estudos, na capacitação, para prover uma vida melhor à sua família. Observa-se ainda a questão relacionada a mulheres que não puderam engravidar por problemas de esterilidade sua ou do companheiro, e que com o advento dessas novas técnicas puderam se tornar mães mesmo que tardiamente, o que era muito difícil ou mesmo inviável há alguns anos. Ainda há outras situações, como a relação com outro companheiro mais tardiamente e o desejo de ter um filho desta relação. Ainda há a mulher (de mais idade) que se propõe a chamada gestação de substituição, para propiciar a outra mulher que não está apta a gestar. Esta mudança vem ocorrendo nas últimas décadas de forma global, em função de que a mulher está deixando para trás um papel secundário na sociedade. Esta escolha de retardar a maternidade afeta as clínicas de reprodução humana, bem como implica no aperfeiçoamento das técnicas utilizadas, no avanço de diagnósticos para que uma mãe de mais idade não seja portadora de um problema de saúde (físico ou mental), para ela ou para o feto, e modifica também a relação médico-paciente, que sai do rotineiro de pessoas mais jovens.

Observa-se que não há ordenamento jurídico vigente acerca da Reprodução Humana Assistida, apenas o Projeto de Lei n. 115/15, que espera apreciação do Plenário desde fevereiro de 2015. Neste prisma, felizmente o Conselho Federal de Medicina vêm regulamentando periodicamente esta prática, tratando dos aspectos técnicos e éticos desta questão.

A mais recente Resolução do Conselho Federal de Medicina, n. 2.168/2017, tem previsões a respeito das mulheres com mais de 50 anos que desejam engravidar por meio das técnicas de reprodução humana assistida,

contemplando esta situação como uma exceção com maiores exigências e cuidados.

2 MATERNIDADE

A maternidade é, conforme o dicionário on-line Aurélio, um “laço que liga a mãe aos filhos.” (DICIONÁRIO ON-LINE DE PORTUGUÊS, 2018). É uma escolha de vida, um desejo de várias famílias, mas cabe salientar que nem todas as mulheres passarão por esta experiência única, por não querer, ou não poder, devido a vários motivos, de ordem biológica, econômica, financeira, psicológica, etc.

A emancipação no mercado de trabalho é um dos maiores motivos para a gestação tardia. No mundo atual, independente da idade, a mulher deseja cargos mais altos, equiparação salarial, independência financeira. Diante disso, filhos, e até mesmo casamentos, ficaram em segundo plano. A evolução para as empresas e empregadores aceitarem e empregarem mulheres é vagarosa, e para as que possuem filhos se torna mais morosa ainda.

Os estudos também tomaram importante lugar na vida de todas as mulheres. Além de imprescindível para conseguir um bom emprego (bem como salário), não há mais impedimentos e proibições acerca deste âmbito, e então, foca-se na profissionalização.

Também, a questão da maternidade tardia vem crescendo nas últimas décadas e deve entrar em uma tendência gradual, visto o aumento da expectativa de vida e condições de saúde, e até mesmo uma maior disposição física e psicológica da família ou da mulher. Esta prática, cada vez mais aceita por todos, depende, além da medicina e suas técnicas, das condições da mulher que deseja engravidar com mais idade, ou até mesmo aumentar sua família após o crescimento dos outros filhos.

Neste contexto, a tecnologia já está à disposição para a realização deste sonho, por meio das diversas técnicas de reprodução humana, tendo

como exemplos o coito programado, a inseminação intrauterina, inseminação heteróloga e homóloga, fertilização in vitro, transferência intrafalopiana de gametas (e) zigoto, doação de gametas (SOGIMIG, 2012).

No parágrafo 2º do item n. 03, bem como o item n. 4 da Resolução do Conselho Federal de Medicina, n. 2.168/2017, é previsto que mulheres com mais de 50 anos de idade apenas serão admitidas como candidatas às técnicas de reprodução assistida, caso tiverem sido aprovadas como aptas por médico responsável, mesmo após serem expostos todos os riscos à sua saúde ou do feto, bem como das técnicas, os possíveis resultados, as questões de caráter biológico, ético e jurídico e posteriormente assinado pela paciente em documento escrito. Vale ressaltar que esta permissão é necessária apenas para mulheres com mais de 50 anos, caso esteja abaixo desta faixa etária, é necessário apenas assinar o documento supramencionado.

2.1 PRÓS E CONTRAS DA AUTORIZAÇÃO

A autorização prevista como um procedimento preliminar às técnicas de reprodução humana assistida, para mulheres com mais de 50 anos, é benéfica tanto para a proteção jurídica do médico, quanto para a própria saúde da mãe e do feto.

Esta autorização só é dada após uma série de levantamentos e estudos que atestam que a mulher não possui nenhuma doença que possa ser prejudicial a ela, à sua gestação ou ao feto.

O médico que realiza o procedimento de reprodução assistida é extremamente especializado, não necessariamente e muito provavelmente, não possui total conhecimento das diversas afecções na profundidade que os especialistas das áreas necessárias para a obtenção desta autorização têm, desta forma é uma precaução bastante importante.

Além disso, para o profissional médico, bastante familiarizado com gravidezes menos arriscadas, e mesmo verbalmente e documentalmente

colocando a par da situação a futura gestante, na medida em que a mesma insiste em realizar o procedimento, de alguma forma fica documentada a ciência da mulher em relação aos riscos que corre, no sentido de evitar que, em algum caso de infortúnio, ela mesma ou seus familiares, responsabilizem tão e somente o médico pelo fracasso da tentativa.

Por outro lado, a futura gestante, como mulher, pode sentir sua decisão e a posse sobre seu corpo contrariada, psicologicamente pode se sentir afetada, visto a contrariedade que a mesma não concorda ou não entende, porquanto pode se achar apta a levar adiante seu projeto de gestação.

Como mencionado anteriormente, é esclarecido verbalmente à candidata todos os riscos e complicações, tanto para ela quanto para o futuro embrião, e possível insucesso no procedimento, portanto, a mulher tem ciência de todos estes fatos, e por isso ela possui a autonomia de levar este processo adiante, pois é uma decisão apenas sua, que irá acontecer no seu corpo, e caberá aos médicos assisti-la da melhor maneira possível.

Salienta-se que muitas vezes há pressão da família e da sociedade para que a mulher tenha filhos, ou que geste o feto para mulheres da família, para a filha ou neta, por exemplo, as quais podem ser portadoras de doenças que inviabilizem sua gestação.

2.2 REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A infertilidade é o principal motivo da procura pelas técnicas de reprodução assistida. Pode ser conceituada como “a incapacidade de um casal conceber no período de um ano.” (DECHERNEY et al., 2014, p. 879). Ainda, salienta-se mais uma definição, também indicada pelo autor acima citado, o da infertilidade primária e secundária: “A infertilidade primária aplica-se àqueles que nunca conceberam, ao passo que a infertilidade secundária designa aqueles que conceberam em algum momento no passado.” (DECHERNEY et al., 2014, p. 879).

Essa condição pode ocorrer devido a vários fatores, sendo eles: idade, sendo mais de 35 anos para mulheres; extremos de peso; tabagismo e álcool em grandes quantidades (DECHERNEY et al., 2014, p. 880).

A menopausa é a condição natural mais conhecida. Extrai-se seu desenvolvimento (BANDEIRA; GRIZ, 2006, p. 137):

O ovário possui um número finito de células germinativas, atingindo o pico em cerca de 7 milhões de ovogônias em torno do quinto e sexto meses de gestação. Ocorre um progressivo processo de atresia e, ao nascimento, existem apenas 1 milhão de células germinativas, 400.000 estão presentes na menarca e apenas algumas permanecem na menopausa, sendo geralmente não-funcionantes. O climatério corresponde ao período de transição entre as fases reprodutiva (menecme) e não-reprodutiva (senectude). O climatério começa em torno dos 40 anos de idade na maioria das mulheres. Durante a vida reprodutiva, um pequeno número de óvulos é perdido como resultado da ovulação, mas a maioria é perdida por atresia, que se acelera em torno dos 38 anos de idade [...]

Têm como sintomas clínicos alterações menstruais, sintomas vasomotores (fogachos), alterações no sistema geniturinário, no humor e na função cognitiva, modificações no colágeno, efeitos nos ossos e no sistema cardiovascular (BANDEIRA; GRIZ, 2006, p. 138-139).

A idade é um fator de extrema relevância para uma gravidez. Um dos (diversos) elementos para caracterizar como uma gestação de alto risco é a idade superior a 35 anos (BRASIL, 2012, p. 12). Segundo o Ministério da Saúde, a definição de gestação de alto risco, citada por Caldeyro-Barcia (1973) é: “aquela na qual a vida ou a saúde da mãe e/ou do feto e/ou do recém-nascido têm maiores chances de serem atingidas que as da média da população considerada.” (BRASIL, 2012, p. 11).

Existem diversas técnicas para obter a reprodução assistida, e esta possui duas categorias: os tratamentos de baixa complexidade e de alta

complexidade. A diferença primordial entre estas duas é que na primeira não existe a manipulação dos gametas. Conforme Sogimig (2012, p. 221 e 231):

Os tratamentos de baixa complexidade são aqueles nos quais a fertilização ocorre in vivo, ou seja, no organismo feminino, sem que exista a manipulação dos gametas. Desse arsenal terapêutico fazem parte a indução da ovulação, o coito programado e a inseminação artificial. São tratamentos relativamente simples e de baixo custo. O tratamento de alta complexidade em reprodução humana engloba os procedimentos que, com a ajuda de alta tecnologia, facilitaram o encontro do óvulo com o espermatozoide, como a fertilização in vitro (FIV), transferência intratubária de gametas (GIFT), transferência intratubária de zigotos (ZIFT) e transferência tubária de embriões (TET).

2.3 RESOLUÇÃO N. 2.168/2017

Como já exposto, está presente na Resolução do Conselho Federal de Medicina, n. 2.168/2017, em seu parágrafo 2º do item n. 3 e n. 4 que mulheres com mais de 50 anos podem ser submetidas ao tratamento se admitidas pelo médico após exames que comprovem a inexistência de enfermidades e, seguidamente, esclarecimento de todos os riscos. A idade também se relaciona com o número que embriões que serão transferidos para o útero, visto que está expresso no item 07 da referida Resolução que, mulheres com até 35 anos serão dois embriões, entre 36 e 39 anos, até três e mulheres com 40 anos ou mais serão até quatro. Vale salientar que não é possível introduzir mais que quatro embriões, para resguardar a vida da mulher e dos fetos.

A famosa “barriga de aluguel” não existe no Brasil. Entretanto, a Resolução do CFM incluiu em seu texto a “Gestação de Substituição”. Para esta técnica ser admitida, necessário se faz acrescentar algumas regras, apresentadas no item VII, 1 a da referida, sendo que a cedente deverá ser da família da paciente, parente de até quarto grau. Caso não for da família, é imprescindível fazer pedido formal para o Conselho Federal de Medicina de Santa Catarina

(se a paciente residir neste Estado). Além disso, caso a cedente for casada ou conviver em união estável, é devida a autorização por escrito, do cônjuge ou companheiro, respectivamente, além da assinatura de todos os envolvidos em um Termo de Consentimento, Termo de Compromisso, exames médicos gerais e psiquiátricos. Frisa-se que não possui caráter lucrativo, ou seja, é proibido pagar à cedente para fazê-lo (item VII).

Após o médico responsável analisar o caso concreto da sua paciente e decidir qual será o método mais eficaz para gerar uma gravidez exitosa, é obrigatório que explique sobre todos os aspectos do procedimento, inclusive os resultados já atingidos na clínica. Ciente de todos os fatos, a paciente dará seu consentimento em um documento próprio e obrigatório, o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, conforme item 04 da Resolução do Conselho Federal de Medicina, n. 2.168/2017.

Ainda, na Resolução do Conselho Federal de Medicina, n. 2.168/2017, item V, cuida-se do destino daqueles embriões excedentes. Extrai-se do n. 2 que estes, se viáveis, serão criopreservados. Se possuírem mais de três anos de espera, poderão ser descartados, se por vontade expressa dos pacientes (item 4). Se abandonados por este período de tempo, também poderão ser descartados (item 5), sendo que conceitua-se: “embrião abandonado é aquele em que os responsáveis descumpriram o contrato pré-estabelecido e não foram localizados pela clínica.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

A doação de gametas e embriões também tem previsão na citada Resolução, em seu item IV. Além da vedação ao caráter comercial e/ou lucrativo (item 1), os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, conforme item 2. Mais uma vez o fator idade aparece, sendo que as doadoras devem ter, no máximo, 35 anos, sendo que para os homens a idade limite é 50 (item 3). Frisa-se que, em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do (a) doador (a) (item 4). Importante item é o n. 6, conforme se pode analisar:

Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um (a) doador (a) tenha produzido mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão de habitantes. Um (a) mesmo (a) doador (a) poderá contribuir com quantas gestações forem desejadas, desde que em uma mesma família receptora.

Como já citado, a mais recente Resolução do Conselho Federal de Medicina é de 2017. Todavia, desde 1992 o Órgão orienta as práticas relacionadas à Reprodução Assistida. Em 1992 a resolução possuía a característica de proibir o caráter comercial e da escolha de características do embrião. Em 2010, deixou de ser restrito à casais heterossexuais e reduziu o número de transferência embrionária. Em 2013, foi autorizado o útero de substituição (para parentes de até quarto grau) e para casais homossexuais; ainda estabeleceu limites de idade para doadores de gametas e autorizou a mudança genética para evitar doenças hereditárias. Em 2015, as técnicas de reprodução assistida foram aprovadas para mulheres com mais de 50 anos e para casais homoafetivos femininos (QUEIROZ, 2018; REPRODUÇÃO..., 2018).

Existe também a Lei n. 11.105/05, a qual regula normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados. O artigo 5º da referida lei menciona a utilização de células tronco pelos excedentes da técnica de reprodução assistida. Cita-se:

É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores [...] (BRASIL, 2005).

Bem como o artigo 6º, que indica as proibições. Extrai-se:

Fica proibido: I – implementação de projeto relativo a OGM sem a manutenção de registro de seu acompanhamento individual; II – engenharia genética em organismo vivo ou o manejo *in vitro* de ADN/ARN natural ou recombinante, realizado em desacordo com as normas previstas nesta Lei; III – engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano; IV – clonagem humana; V – destruição ou descarte no meio ambiente de OGM e seus derivados em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio, pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização, referidos no art. 16 desta Lei, e as constantes desta Lei e de sua regulamentação; VI – liberação no meio ambiente de OGM ou seus derivados, no âmbito de atividades de pesquisa, sem a decisão técnica favorável da CTNBio e, nos casos de liberação comercial, sem o parecer técnico favorável da CTNBio, ou sem o licenciamento do órgão ou entidade ambiental responsável, quando a CTNBio considerar a atividade como potencialmente causadora de degradação ambiental, ou sem a aprovação do Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, quando o processo tenha sido por ele avocado, na forma desta Lei e de sua regulamentação; VII – a utilização, a comercialização, o registro, o patenteamento e o licenciamento de tecnologias genéticas de restrição do uso.

2.4 PROJETO DE LEI N. 115/15

O projeto de Lei n. 115/15, apresentado pelo Deputado Juscelino Rezende Filho, está aguardando apreciação do plenário brasileiro desde 03/02/2015, sob o regime prioritário. Esta proposta institui o Estatuto da Reprodução Assistida.

Em seu capítulo I, artigo 2º, conceitua-se a reprodução humana como “aquela que decorre do emprego de técnicas médicas cientificamente aceitas de modo a interferir diretamente no ato reprodutivo, viabilizando a fecundação e a gravidez.” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2015). Ato

contínuo, em seu artigo 3º, exemplifica algumas técnicas já admitidas, como a inseminação artificial e a fertilização in vitro (FIV), no entanto este rol não é taxativo, sendo admitidas outras técnicas, desde que “não contrariem normas éticas e diretrizes do Conselho Federal de Medicina.” (artigo 3º, parágrafo 1º) (BRASIL, 2015).

Assim como no item 4 da Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.168/2017, também está previsto, no artigo 4º, parágrafo 1º, a obrigatoriedade do consentimento informado do casal/indivíduo que se submeterá à técnica, sendo que as intervenções sobre os embriões apenas serão efetuadas se existirem garantias “reais” de sucesso.

Em seu capítulo II, estão expressas as práticas vedadas, determinando as proibições de certos atos que poderiam vir a acontecer, como a criação de seres humanos geneticamente modificados (artigo 6º, II), ou a redução embrionária (em caso de gravidez múltipla). Já o capítulo III informa os princípios que deverão ser respeitados, bem como reforça o esclarecimento das partes envolvidas. Extrai-se o artigo 8º:

O tratamento será indicado quando houver possibilidade razoável de êxito, não representar risco grave para a saúde física ou psíquica dos envolvidos, incluindo a descendência, e desde que haja prévia aceitação livre e consciente de sua aplicação por parte dos envolvidos que deverão ser anterior e devidamente informados de sua possibilidade de êxito, assim como seus riscos e condições de aplicação. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

A doação de gametas é tratada no capítulo IV. É, mais uma vez, vedado o caráter comercial ou com fins lucrativos da doação, bem como o doador deve possuir mais de 18 anos e ser capaz. Ele “deverá concordar em se submeter a uma avaliação médico-laboratorial incluindo testes para doenças infectocontagiosas e repeti-los, num prazo nunca inferior a seis meses, após a última coleta, para a liberação do material doado” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017), conforme artigo 11. É necessário destacar o artigo 16,

o qual prevê que “a escolha dos doadores é de responsabilidade do médico responsável pelo tratamento e deverá garantir, sempre que possível, que o doador tenha semelhança fenotípica, imunológica e a máxima compatibilidade com os receptores.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

No entanto, nem todas as pessoas podem ser doadoras, visto que conforme artigo 20 “não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas trabalham, participar como doador nos programas de doação para reprodução assistida.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

Com relação à cessão temporária do útero, diferentemente da Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, em seu item VII, 1 a 3.6 que prevê que a cessão pode se dar em um grau de parentesco de até 4º grau, o artigo 23 do referido projeto exprime que deverá ser familiar de até 2º grau. Cita-se artigo 23, juntamente com parágrafo 1º:

A cessionária deverá pertencer à família dos cônjuges ou companheiros, em um parentesco até 2º. Grau. Parágrafo único. Excepcionalmente e desde que comprovadas a indicação e compatibilidade da receptora, será admitida a gestação por pessoa que não seja parente do casal, após parecer prévio do Conselho Regional de Medicina. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

Ainda sobre cessão temporária do útero, extrai-se artigo 24:

Em todos os casos indicados, a cessão temporária de útero será formalizada por pacto de gestação de substituição, homologado judicialmente antes do início dos procedimentos médicos de implantação. Parágrafo único. São nulos os pactos de gestação de substituição sem a devida homologação judicial, considerando-se, nesse caso, a mulher que suportou a gravidez como a mãe, para todos os efeitos legais, da criança que vier a nascer. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

O capítulo VIII é dedicado exclusivamente ao consentimento informado e a manifestação conjugal, sendo que, como já citado anteriormente e também pela Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.168/2017, é necessário a assinatura de todos os envolvidos em documento oficial, para demonstrar aceitação e consentimento com riscos e com o tratamento em si, sendo devido, inclusive, a assinatura do cônjuge ou companheiro (se o paciente for casado/conviver em união estável). Cita-se artigo 38:

A assinatura do termo será precedida de todas as informações necessárias para propiciar o esclarecimento necessário para garantir a liberdade de escolha de adesão ou não ao tratamento e quanto à opção por qualquer das técnicas médicas indicadas. Parágrafo único. As informações quanto aos riscos conhecidos do procedimento de reprodução assistida escolhido serão fornecidas por escrito, juntamente com suas implicações éticas, sociais e jurídicas, em documento aprovado pela Conselho Nacional de Reprodução Assistida. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

Vale salientar que, conforme artigo 41, as técnicas de reprodução assistida somente podem ser realizadas por médico registrado no Conselho Regional de Medicina com área de atuação em reprodução humana e devidamente cadastrado para a atividade.

Por sua vez, o capítulo IV trata das ações de investigação de vínculo biológico e negatória de paternidade (sendo este direito estendido às mulheres, artigo 51, parágrafo único). Conforme artigo 51:

A ação negatória de paternidade será permitida nas hipóteses de erro de consentimento quanto à utilização da inseminação ou fertilização heteróloga ou em caso de fraude em razão de infidelidade do outro genitor, tanto na modalidade homóloga quanto na heteróloga. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

Além desta hipótese, poderá haver ação negatória se houver fundada suspeita de que não foi aplicada pelo médico a técnica escolhida no termo de consentimento informado (artigo 52) (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

O capítulo V do presente projeto de lei trata sobre as responsabilizações. O artigo 54 prevê que o médico responderá civil e penalmente nos casos de violação dos deveres contratuais ou dos princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé objetiva ou da autonomia da vontade. Além disso, estabelece que os estabelecimentos de reprodução assistida responderão objetivamente pelo serviço viciado ou defeituoso prestados aos pacientes. Conceitua-se serviço viciado ou defeituoso nos termos do artigo 56, parágrafos 1 e 2:

Considera-se defeito na prestação de serviços prática que coloque em risco a vida ou cause prejuízos à saúde dos pacientes e não ofereça a estes a segurança que deles se espera. Considera-se vício na prestação de serviços aquele que é prestado de forma imprópria, inadequada ou que não apresente informações suficientes sobre seus procedimentos e riscos. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

Ainda, extrai-se o artigo 58 que

todas as pessoas nascidas com a utilização de técnicas de reprodução humana assistida terão os mesmos direitos e deveres garantidos ao filho concebido naturalmente, nos termos do artigo 227, § 6.º da Constituição Federal de 1988, sendo vedada qualquer forma de discriminação. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

Por fim, após demais considerações, vale salientar o artigo 101 previsto no título V, o qual garante os benefícios previdenciários ou trabalhistas aos genitores que conceberam seu (s) filho (s) por meio das técnicas de reprodução assistida, e também artigo 105 que prevê “nos casos em que

houver dúvidas do magistrado quanto a eventuais questões não reguladas pelo presente Estatuto, o Respeito à Vida Humana e o Superior Interesse do Menor constituirão princípios guias de regulação da matéria.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017). Vale salientar que, assim que aprovada, entra em vigor noventa dias após sua publicação, conforme artigo 106.

3 AUTONOMIA DA VONTADE

Autonomia significa “a aptidão ou competência para gerir sua própria vida, valendo-se de seus próprios meios, vontades e/ou princípios” (DICIONÁRIO ON-LINE DE PORTUGUÊS, 2018). Este conceito nos remete à palavra liberdade, visto o poder de escolha que a pessoa possui para optar pelo que melhor lhe convir.

A liberdade e a autonomia foram sendo conquistadas ao longo do tempo, e resultaram, juntamente com diversos outros direitos, nos Direitos Humanos. Estes direitos estão expressos em tratados, resoluções, convenções e declarações, sendo a mais célebre a Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento adotado e proclamado em 10 de dezembro de 1948. Cita-se o artigo III da referida Declaração: “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, p. 5).

Frisa-se que a autonomia e a liberdade, visto que pertencem ao grupo dos direitos humanos, possuem algumas características como historicidade, universalidade, relatividade, irrenunciabilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, unidade, indivisibilidade e interdependência (BARRETTO, 2017, p. 32).

A Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu artigo 226 § 7º, prevê:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse

direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Existe também a Lei n. 9.263/96 que trata apenas da matéria do planejamento familiar, sendo que esta garante que mulheres e homens possam gerar sua família livremente. Esta conceitua planejamento familiar. Cita-se o artigo 2º: “Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”, bem como artigo 4º: “O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.” (BRASIL, 1996).

O artigo XVI, 3, da Declaração Universal dos Direitos Humanos evidencia a proteção que a família deve receber: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.” (ORGANIZAÇÃO DA NAÇÕES UNIDAS, 1948, p. 10).

Em 2012 foi instituída a Portaria n. 3149, de 28 de dezembro. Nesta, foi destinado recursos financeiros aos estabelecimentos que realizam a reprodução assistida, no âmbito do SUS. Cita-se o artigo 1º.

Ficam destinados recursos financeiros no valor total de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) aos estabelecimentos de saúde que realizam procedimentos de atenção à Reprodução Humana Assistida, no âmbito do SUS, incluindo fertilização in vitro e/ou injeção intracitoplasmática de espermatozoides, conforme o Anexo desta Portaria. Parágrafo único. Os recursos financeiros de que trata o caput deste artigo serão repassados aos Fundos de Saúde dos entes federados e deverão ser repassados aos respectivos estabelecimentos de saúde em parcela única, conforme discriminado no Anexo a esta Portaria.

3.1 DIREITOS REPRODUTIVOS

Os direitos reprodutivos possuem dois grandes marcos: a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento e a Conferência Mundial sobre a Mulher.

A primeira ocorreu em 1994 (Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento), no Cairo, Egito. Além de destacar diversos problemas e possíveis soluções, conceituou também “saúde reprodutiva”, em seu capítulo VIII, A, 7.2, que consiste não somente na sexualidade, mas é relativa às decisões tomadas acerca do corpo da mulher, pela mulher, bem como a proteção de seu corpo e mente. É, nas palavras descritas no referido capítulo, “um estado de completo bem-estar físico, mental e social”.

Ainda, extrai-se do capítulo II, o princípio 4 de seu Relatório que a mulher deve ser protegida da violência e do preconceito, bem como exercer todos os direitos inerentes ao ser humano, fato que já foi muitas vezes negado pela sociedade. Inclusive e principalmente os direitos sexuais, quando e como ter (ou não) filhos, decisões sobre o próprio corpo, devem ser tomadas exclusivamente pelas próprias mulheres e deverão ser respeitados.

Já a Conferência Mundial sobre a Mulher ocorreu em 1995, em Pequim. Citam-se importantes itens da Declaração acerca da saúde reprodutiva, expressos no Objetivo Estratégico C, n. 92 e n. 95:

É preciso lograr que as mulheres possam exercer o direito a usufruir o mais elevado nível possível de saúde durante todo o seu ciclo vital, em igualdade de condições com os homens. As mulheres padecem de muitas das afecções de que padecem os homens, mas de maneira diferente. A incidência da pobreza e da dependência econômica da mulher, sua experiência com a violência, as atitudes negativas para com mulheres e meninas, a discriminação racial e outras formas de discriminação, o *controle limitado que muitas mulheres exercem sobre sua vida sexual e reprodutiva*, e sua falta de influência na tomada de decisões são realidades sociais que têm efeitos prejudiciais sobre

sua saúde. A falta de alimento para meninas e mulheres e a distribuição desigual de alimentos no lar, o acesso inadequado à água potável, às facilidades sanitárias e ao combustível, sobretudo nas zonas rurais e nas zonas urbanas pobres, e as condições deficientes de moradia pesam excessivamente sobre a mulher e sua família e repercutem negativamente na sua saúde. *A boa saúde é essencial para viver de forma produtiva e satisfatória, e é fundamental para o avanço das mulheres que tenham o direito de controlar todos os aspectos de sua saúde e, em especial, de sua própria fertilidade.* (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1995, p. 177, grifo nosso).

Como descrito no Objetivo Estratégico acima citado, a saúde reprodutiva da mulher depende de muitos fatores. Uma boa saúde depende de boas condições de vida, saúde mental bem estruturada, acesso a direitos básicos, como educação, saneamento e cultura são essenciais. No entanto, a realidade ainda está longe de alcançar todos estes propósitos, visto que a população carente de recursos ainda é maioria.

Ademais, a saúde das mulheres está exposta a riscos especiais de saúde, devido à inexistência ou inadequação de serviços para atender às necessidades relativas à sexualidade e à saúde. Em muitas partes do mundo, as complicações relacionadas com a gravidez e o parto contam entre as principais causas de mortalidade e morbidez das mulheres em idade reprodutiva. Existem, em certa medida, problemas similares em alguns países com economia em transição. O aborto inseguro põe em risco a vida de um grande número de mulheres e representa um grave problema de saúde pública, porquanto são as mulheres mais pobres e jovens as que correm os maiores riscos. A maioria dos óbitos, problemas de saúde e lesões podem ser evitados, mediante a melhoria do acesso a serviços adequados de atendimento à saúde, métodos de planejamento familiar eficazes e sem riscos e atenção obstétrica de emergência, que reconheçam o direito de mulheres e homens à informação e ao acesso a métodos seguros, eficazes, exequíveis e aceitáveis de planejamento familiar, assim como a outros métodos lícitos que decidam adotar para o controle da fecundidade e o acesso a serviços adequados

de atendimento à saúde, propícios a que a gravidez e o parto transcorram em condições de segurança e ofereçam aos casais as maiores possibilidades de ter um filho são.

Os casos de mortalidade devido à gravidez e o parto são muito elevados visto a falta de preparo do governo, atendimento ineficiente e outras variáveis, como falta de higiene nos locais em que a mulher dá a luz. Outro grave problema enfrentado são os casos de aborto, que na maior parte das vezes resultam em infecções e mortes. Estes obstáculos podem ser vencidos se a educação sexual for encarada como prioridade.

Esses problemas e os meios de combatê-los deveriam ser examinados à luz do relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, especialmente os parágrafos pertinentes do Programa de Ação da Conferência. *Na maior parte dos países, a falta de atenção aos direitos reprodutivos da mulher limita gravemente suas oportunidades de educação e o pleno exercício de seus direitos econômicos e políticos. A capacitação das mulheres para controlar sua própria fertilidade constitui uma base fundamental para o gozo de outros direitos.* A responsabilidade compartilhada pela mulher e pelo homem, no tocante às questões relativas ao comportamento sexual e reprodutivo, também é indispensável para o melhoramento da saúde da mulher. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1995, p. 179, grifo nosso).

Com a educação sexual em escolas, palestras, mutirão de saúde focada da reprodução, as mulheres irão obter cada vez mais conhecimentos sobre seu próprio corpo e como prevenir uma gravidez indesejada ou como constituir família com o planejamento familiar adequado. Os homens também devem participar, para mudar o conceito de que as mulheres são as únicas responsáveis por uma gravidez.

Também, extrai-se do Objetivo Estratégico C, item 96 e 97 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1995, p. 179):

Os direitos humanos das mulheres incluem os seus direitos a ter controle sobre as questões relativas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, e a decidir livremente a respeito dessas questões, livres de coerção, discriminação e violência. A igualdade entre mulheres e homens no tocante às relações sexuais e à reprodução, inclusive o pleno respeito à integridade da pessoa humana, exige o respeito mútuo, o consentimento e a responsabilidade comum pelo comportamento sexual e suas consequências.

[...] A capacitação das mulheres para controlar sua própria fertilidade constitui uma base fundamental para o gozo de outros direitos. A responsabilidade compartilhada pela mulher e pelo homem, no tocante às questões relativas ao comportamento sexual e reprodutivo, também é indispensável para o melhoramento da saúde da mulher [...]

Em 2005, foi divulgado pelo Governo Brasileiro, pelo Ministério da Saúde, a Política Nacional dos Direitos Sexuais e dos Direitos Reprodutivos. Neste manual é garantido que os direitos sexuais e reprodutivos, bem como o planejamento familiar serão tratados como prioridade. Foram propostas as seguintes ações em 2005- 2007: ampliação da oferta de métodos anticoncepcionais reversíveis no SUS, elaboração e distribuição de manuais técnicos e de cartilhas educativas, capacitação dos profissionais de saúde da atenção básica para assistência em planejamento familiar, seminário para pactuação da Política Nacional para atenção integral à saúde da mulher, atenção em reprodução humana assistida na rede SUS, ampliação do acesso à esterilização cirúrgica voluntária no SUS, ampliação do Programa Saúde e prevenção nas escolas, termo de cooperação com a secretaria especial de políticas para as mulheres, elaboração de documento sobre saúde sexual e reprodutiva para os países do Mercosul, entre outras.

3.2 AUTORIZAÇÃO MÉDICA

Está expresso no texto da Resolução do Conselho Federal de Medicina, n. 2.168/2017, item 3, parágrafos 1 e 2, que as mulheres com mais de 50 anos submetidas às técnicas de reprodução assistida serão apenas as “exceções” comprovadamente fundamentadas.

Em uma sociedade que se diz livre e que prega a autonomia dos cidadãos, é controverso que uma mulher, mesmo que com mais idade, precise ter algum motivo que as normas considerem convincente o suficiente para poder levar adiante uma gestação.

Claramente os desafios para a concepção de um embrião, em uma fase da vida em que a mulher se encontra no climatério, são muito maiores que em uma idade considerada “normal” para a sociedade. Extrai-se as principais dificuldades enfrentadas:

No climatério [...], há uma maior incidência de abortamentos e de malformações congênitas, que refletem o envelhecimento e diminuição da qualidade do óvulo, o que acontece gradual e naturalmente com a idade. Além disto, com o passar do tempo, aumenta a possibilidade de desenvolvimento de infertilidade em decorrência de doenças ginecológicas [...] Na ocorrência da gestação, os riscos maternos a partir dos 35 anos incluem a maior possibilidade de desenvolvimento de agravos como hipertensão arterial e Diabetes mellitus [...] (BRASIL, 2008, p. 77).

No entanto, as técnicas de reprodução assistida estão cada vez mais bem desenvolvidas e com resultados animadores.

Durante muito tempo, a mulher sempre possuiu papel secundário na sociedade. Seus deveres eram apenas constituir família e ser boas mães. Porém, após um longo período de tempo, as mulheres começaram a trabalhar e ganhar independência, principalmente financeira. A ideia de constituir família, ter filhos, começou a ser adiada. No entanto, mesmo com técnicas

avançadas e com todas as informações prestadas pelos médicos de todos os riscos e dificuldades, a mulher com 50 anos ou mais ainda é tratada como exceção à regra e deve ser aceita com base em critérios técnicos e científicos, fundamentados por médico responsável, quanto à ausência de comorbidades (conforme Resolução do Conselho Federal de Medicina, n. 2.168/2017).

Como já mencionado anteriormente, é direito da mulher controlar seu corpo, bem como o direito à vida e a livre formação de uma família estão expressos em vários documentos jurídicos e médicos.

Em contrapartida em relação ao exposto, é que os próprios dispositivos legais frisam o direito à vida. Isto serve para a mãe e para o feto. Associado a isso, as questões éticas, vinculadas à profissão do médico, os obrigam a proteger por meio de todos os conhecimentos e meios possíveis a vida e a dar maior possibilidade de sucesso no procedimento. Desta maneira, temos também este viés, que não de todo impede ou inviabiliza uma gravidez tardia, mas que determina/define algumas regras previstas em normas e leis para que haja segurança de todos os envolvidos.

Em relação a já citada gestação de substituição, a implicação ética é ainda maior, já que envolve um terceiro que vai se sujeitar a ter, ou não, complicações devido à gestação. Este caso em especial é mais complexo, dado que é praticamente um contrato envolvendo uma pessoa não diretamente ligada ou desejo de uma futura genitora.

4 CONCLUSÃO

Apesar de o Brasil ter, desde 2015, um projeto de lei que institui o estatuto de reprodução assistida aguardando apreciação do Plenário, a evidente falta de vontade política deixa este vácuo jurídico em nosso ordenamento. Em função disso, e dos avanços científicos e tecnológicos, não é de se surpreender que um Órgão de Classe, como o Conselho Federal de Medicina, chame para si a responsabilidade de, pelo menos na área técnica,

definir procedimentos e cuidados, preservando a questão ético-profissional e a postura recomendada da classe dos médicos envolvidos nestas técnicas.

Em função destas constatações, é necessário que o Plenário do Congresso encaminhe com urgência para votação, já que o mesmo aguarda há quatro anos por apreciação.

A gravidez tardia trata-se de uma realidade cada vez mais comum no Brasil e no mundo e é irreversível, em função das diversas situações já indicadas no texto, como a vida profissional, o aumento da expectativa de vida, entre outros. Em paralelo a isso, descreveu-se as diversas possibilidades, técnicas e procedimentos que a ciência e a medicina disponibilizam nos dias de hoje, e que continuam sendo desenvolvidas, com o intuito de atingir tratamentos mais eficazes e cada vez menos arriscados.

Os prós e contras da autorização médica, também já abordados, demonstram que são parâmetros para uma decisão de quem deseja se submeter às práticas de reprodução humana, por sua conta e riscos.

A questão da autonomia tem limites, em todas as áreas em que se prega esta, assim como a liberdade. Deve-se focar nas questões éticas, morais, nos envolvimento de terceiros, riscos previsíveis ou não, responsabilização, enfim, nos diversos aspectos que fazem com que a autonomia não seja soberana, indiscutível, não podendo avançar sobre outros aspectos que a envolvem.

Assim sendo, a autonomia em si não é cerceada, mas necessita preencher critérios razoáveis e mínimos, para que não haja danos, para nenhuma das partes (família, gestante, feto, médicos), que, inevitavelmente, no fracasso desta tentativa, poderá determinar danos reparáveis ou não, de toda a ordem, ou até mesmo mortes e a judicialização do caso. Independente da posição que se possa ter a questão é que a gravidez tardia não é um processo biológico normal, não é regra, e por isto é discutido e cercado de cuidados.

Em síntese, a situação da gravidez tardia, de uma maneira geral, no Brasil e no mundo, em maior ou menor grau, necessita legislação e normas legais e científicas, para que se possa garantir (dentro do possível) o bem estar

e a segurança destas mães ou pessoas que irão gestar, bem como dos fetos, familiares e profissionais envolvidos, e estão tomando corpo. Mesmo que o Brasil esteja extremamente atrasado na questão legislativa, é inevitável que isto seja resolvido. A matéria não poderá ser indefinidamente adiada, visto que existe a demanda e os procedimentos que precisam ser regulamentados.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, F.; GRIZ, L. *Endocrinologia ginecológica*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2006.

BARRETTO, R. *Direitos humanos*. 7. ed. [S. l.]: Ed. JusPODIVM, 2017. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/a184c176bb-4da0378c48f4bd229a-eee5.pdf>. Acesso em: 12 maio 2019.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. Lei Federal n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 15 jan. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm. Acesso em: 12 maio 2019.

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 nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 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/L11105.htm. Acesso em: 12 maio 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 115/2015*. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Brasília, DF, 3 fev. 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>. Acesso em: 10 maio 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM n. 2.168/2017*. Brasília, DF, 21 set. 2017. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168#search=%22%20reprodu%C3%A7%C3%A3o%20humana%22>. Acesso em: 10 maio 2018.

DECHERNEY, A. H. *et al. Current Ginecologia e Obstetrícia: diagnóstico e tratamento*. 11. ed. Porto Alegre: AMGH, 2014.

DICIONÁRIO ON-LINE DE PORTUGUÊS. *Autonomia*. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/autonomia/>. Acesso em: 10 maio 2018.

DICIONÁRIO ON-LINE DE PORTUGUÊS. *Maternidade*. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/maternidade/>. Acesso em: 10 maio 2018.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Direitos sexuais e direitos reprodutivos: uma prioridade do governo*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2005. Disponível em: http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/cartilha_direitos_sexuais_reprodutivos.pdf. Acesso em: 12 maio 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Gestação de alto risco: manual técnico*. 5. ed. Brasília, DF: Editora do Ministério da Saúde, 2012.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Manual de atenção à mulher no climatério/menopausa*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2008. Disponível em: <https://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/imagem/1934.pdf>. Acesso em: 12 maio 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Saúde sexual e saúde reprodutiva*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2013. Disponível em: http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/saude_sexual_saude_reprodutiva.pdf. Acesso em: 12 maio 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher*. Pequim, 1995. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf. Acesso em: 12 maio 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris: Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 12 maio 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *O que são direitos humanos?* 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>. Acesso em: 12 maio 2019.

QUEIROZ, C. Gestações transnacionais. *Pesquisa FAPESP*, São Paulo, v. 269, jul. 2018. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/2018/07/12/gestacoes-transnacionais/>. Acesso em: 12 maio 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento: Plataforma de Cairo*. Cairo, 1994. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 12 maio 2019.

REPRODUÇÃO assistida: histórico de resoluções do Conselho Federal de Medicina. *Pesquisa FAPESP*, v. 269, jul. 2018. Disponível em: https://revista-pesquisa.fapesp.br/wp-content/uploads/2018/07/078-083_Reprodução-assistida_269-3.jpg. Acesso em: 12 maio 2019.

SOGIMIG. *Manual Sogimig de Ginecologia e Obstetrícia*. Belo Horizonte: Coop-med, 2012.

O DIREITO À HERANÇA DIGITAL EM RELAÇÃO AOS BENS DIGITAIS INCORPÓREOS E ÀS CRIPTOMOEDAS À LUZ DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Anna Izadora Ramos Comini¹

Jéssica Romeiro Mota²

Resumo: A presente pesquisa objetivou estudar o Direito à Herança Digital. Trata-se de pesquisa realizada mediante método de abordagem dedutivo e método procedimental de pesquisa bibliográfica e documental, consistindo na finalidade de reunir as informações e possíveis dados que serão utilizados como base para a construção e análise da pesquisa. O problema de pesquisa enfrentado está relacionado ao Direito à Herança Digital vinculado aos bens digitais incorpóreos e às criptomoedas, e como a inexistência de uma legislação pertinente afeta a abordagem jurídica acerca da herança digital. O objetivo principal é o de se entender os possíveis desdobramentos e impactos sobre o direito sucessório dos bens digitais do *de cujus* a serem repassados aos seus herdeiros. O trabalho e suas seções e subseções partem da premissa da importância da atualização e modernização do direito brasileiro às demandas apresentadas pela dita 4ª Revolução Industrial, por meio de resultados que esclareçam se a legislação atual dispõe da anuência de uma possível “sucessão digital”. A pesquisa motiva a sociedade a buscar uma maneira concreta de ter os bens digitais do *de cujus* protegido por lei, para que eles não venham a ser esquecidos e perdidos no mundo cibernético sem que os herdeiros possam ter acesso para dar seguimento aos cuidados dos bens digitais do falecido.

Palavras-chave: Herança Digital. Direitos Fundamentais. Bens Digitais. Bens Incorpóreos. Criptomoeda.

¹ Graduanda no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; annaizadora@hotmail.com

² Mestra em Engenharia e Gestão do Conhecimento pela Universidade Federal de Santa Catarina; Especialista em Direito Público e Novos Direitos e em Gestão Financeira pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

1 INTRODUÇÃO

Desde meados dos anos 1990, observa-se que o mundo passou por diversas e grandes transformações, tanto na era digital quanto na era global. A inserção de novas tecnologias no mercado fez com que o mundo fosse elevado a um patamar antes desconhecido, no qual não há barreiras, nem muros, em que milhares de pessoas estão conectadas em tempo real.

Em uma era na qual tudo é inatingível, os dados são a nova moeda econômica e o patrimônio vem a ser medido por intermédio da base de dados, tudo isso veio com o advento da World Wide Web (WWW), por Tim Berners-Lee. Essa vasta rede de alcance mundial é o meio de comunicação que mais evoluiu com o decorrer dos anos e é nele que as pessoas, com a globalização e o marco civil da internet, passaram a dispor dos seus vastos e valiosos bens, não somente os de valor econômico, mas também os de valor sentimental.

Considerando a nova dimensão digital e o grande avanço e modernização dos ativos digitais, contemplou-se o crescimento dos desafios quanto à proteção desses bens. A revolução digital diferenciou a forma de gerenciamento dos meios de produção, distribuição e publicação, fazendo com que boa parte do legado das pessoas passasse a pertencer ao mundo digital, ao ambiente *on-line*, que tanto ganha espaço no atual meio social, cultural, econômico e jurídico.

Se tudo o que se realiza hoje em dia está vinculado de alguma maneira com algum sistema da web, tanto uma rede social quanto um aplicativo on-line, a nuvem, como ocorrerá a transmissão desse legado de patrimônio digital aos herdeiros? A recente pergunta que orbita este vasto mundo digital surge de maneira pertinente, quando se traz ao mundo fático e cível os bens digitais incorpóreos do falecido, de forma a se buscar uma maneira correta e embasada em direitos adquiridos dos sucessores.

Quando os bens são corpóreos, há a previsão legal da herança, mas paira uma dúvida a respeito de como fazer com os bens incorpóreos com

os indivíduos produzindo e adquirindo bens digitais. Surge, desse modo, a necessidade de se estabelecer a quem pertencerá esse conteúdo intangível, com o valor patrimonial e a sucessão de bens armazenados digitalmente. Todos os direitos humanos, on-line ou off-line, devem ser protegidos de maneira imprescindível.

Quando a sociedade se moderniza, o Direito também deve evoluir, modernizar, transformar-se, é aí que entra e surge o Direito Digital e, com ele, todos os obstáculos e uma série de atitudes para atualizar a legislação pertinente a essa nova realidade. Em 2012 foi publicado o Projeto de Lei n. 4.099/2012, que propõe a alteração do Código Civil Brasileiro de 2002, garantindo aos herdeiros o acesso a arquivos e contas digitais do falecido. Não há regras específicas para esses casos, com isso, os herdeiros recorrem à justiça para ter acesso a esses bens incorpóreos (BRASIL, 2012a).

A tecnologia trouxe novos comportamentos e condutas que precisam de orientação, ademais, de regulamentação legal para ficarem alinhados aos preceitos básicos, não violando nenhuma legislação pertinente, mas, complementando o regramento vigente.

O patrimônio de um indivíduo e sua herança não se limitam mais somente a direitos, deveres e bens tangíveis. Os bens destituídos de existência física também compõem o cenário do patrimônio do indivíduo e é nesse cenário que se encontram os bens digitais, tão comuns e “visíveis” no dia a dia contemporâneo, bens que virão a compor a herança de um indivíduo, a chamada herança digital.

Com a evolução de toda essa denominada riqueza virtual, um questionamento de natureza jurídica ganha fundamental importância: qual a destinação de todos os patrimônios virtuais, caso o seu titular venha a óbito?

Esse questionamento é caracterizado de suma importância, pois, além de toda a questão patrimonialista, a preservação dos ativos digitais também se faz essencial em razão do irrefutável interesse da sociedade em assegurar ao indivíduo a possibilidade da transferência de seus estimados bens a seus

sucessores (GONÇALVES, 2014). Nesse cenário, Lara (2016, p. 114) acredita que “todo o conteúdo digital deve ser preservado para as gerações futuras.”

Desse modo, neste trabalho se discorre a respeito do direito à herança digital, para, ao final, responder ao problema de pesquisa proposto, que seria: quais os impactos no ordenamento jurídico vigente da herança digital, se ela possui regulamentação jurídica, e quais são as maneiras de inserção dos bens incorpóreos, entre eles, as criptomoedas, no processo sucessório?

2 DIREITO SUCESSÓRIO E NOÇÕES GERAIS

Successionem, traduzido ao português como sucessão, apresenta como significado, em seu sentido amplo, o ato de suceder, de vir após, depois, continuação. Todavia, no âmbito jurídico, a sucessão é a transmissão dos direitos e bens do *de cuius*,³ ou seja, do falecido. Ocorre, portanto, uma substituição de titularidades de bens, passando do *de cuius* para seus possíveis herdeiros (GONÇALVES, 2014, p. 19).

Conforme Oliveira (2005, p. 50), a palavra sucessão em si caracteriza uma ideia de pluralidade significativa, assim como para o Direito, pois qualquer cessão de bens implica sucessão.

O exposto ramo do direito regula como ocorre perante a legislação atual a transmissão do patrimônio entre polos ativos e passivos, entre o *de cuius* e seus sucessores (GONÇALVES, 2014, p. 25). Maximiliano (1942, p. 2) já questiona que o direito sucessório possui dois sentidos: o sentido objetivo, em que se trata de normas que regulam a transmissão dos bens e obrigações do indivíduo com a consequência morte, e o sentido subjetivo, este em sentido estrito, no qual o direito sucessório é o direito de suceder aos bens hereditários “de um defunto”.

³ Termo jurídico em latim que define a pessoa de cuja sucessão se trata, ou seja, o falecido de quem os bens estão em inventário.

O direito sucessório possui sua ampla abrangência quando o assunto é espécies sucessórias, todavia, como traz Gonçalves (2014, p. 19), o vocábulo sucessão é aplicado de maneira restrita, principalmente, em relação ao presente artigo, o qual enfatiza o sentido estrito de sucessão para indicar a consequente morte de alguém, ou seja, sucessão *causa mortis*.

Orlando Gomes (2002, p. 25) classifica o direito sucessório como “a parte especial do direito civil que regula a destinação do patrimônio de uma pessoa depois de sua morte.” Caracteriza pessoa apenas em relação às pessoas físicas, naturais e não às pessoas jurídicas, pois essa disposição não alcança pessoas jurídicas, uma vez que elas não possuem os preceitos que regulam qual a finalidade e o destino de seu patrimônio social.

De maneira genérica, o Direito Sucessório consiste na transmissão legal de bens entre polos, ativos e passivos, somente após o advento morte (TARTUCE, 2011, p. 24). O que muda em uma relação jurídica sucessória são apenas os titulares, como afirma Venosa (2013, p. 1), pois objetos e conteúdos permanecem idênticos.

É imprescindível o direito sucessório no direito civil brasileiro regulamentar as relações sucessórias e seus possíveis desdobramentos, com a atual evolução das relações humanas e como estas transmigram para a vida dos que permanecem, dando-se continuidade a elas, pois como afirma Gonçalves (2014, p. 21), “o homem desaparece, mas os bens continuam.”

2.1 HERANÇA

Herança, de forma sucinta e geral, é o patrimônio deixado pelo *de cuius* aos seus sucessores. Além de patrimônio, pode ser caracterizada como direitos e obrigações deixados pelo *de cuius* (RODRIGUES, 2002, p. 23).

A expressão herança, de forma ampla, abrange um conjunto de direitos e obrigações, do *de cuius*, que com o advento morte, transmite-se aos seus herdeiros legítimos e testamentários, ou seja, aos seus sucessores, sempre

em consonância com a lei. Já, de modo estrito, é o que será transmitido do *de cuius* a determinadas pessoas, bens como patrimônios ativos e passivos, porém, ambos sem sua devida classificação em relação aos tipos de bens e valores econômicos (LÔBO, 2016, p. 14).

Gonçalves (2014, p. 10) afirma que tanto quanto o patrimônio, a herança é um bem classificado entre as universalidades do direito (art. 91, CC/2002) e é um núcleo unitário, não passível de divisão em partes materiais enquanto permanece como tal.

Por outro lado, Venosa (2013, p. 30) afirma que a herança é um conjunto de direitos e obrigações que, com o incidente morte, transmite-se a uma pessoa, tanto herdeiros quanto cônjuge ou companheiro, ou mesmo a um conjunto de pessoas, nesse caso, possíveis “substitutos” de herdeiros legítimos na sucessão.

2.1.1 Regulamentação atual da herança

A herança é um direito e garantia fundamental reconhecido no art. 5º, inciso XXX, da Constituição Federal Brasileira de 1988 (BRASIL, 1988). Conceituada por Diniz (2012) como o conjunto de direitos e deveres do *de cuius*, ou seja, é o seu patrimônio, que com o advento morte passa a ser transmitido aos seus herdeiros legítimos ou testamentários.

A regulamentação atual da herança está disposta na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXX, e no Código Civil Brasileiro de 2002, que regula o direito das sucessões subdividido em 4 títulos, quais sejam: Título I: “Da sucessão em Geral, II: Da sucessão legítima, III: Da sucessão testamentária e, por fim, IV: Do inventário e da partilha.” (BRASIL, 2002).

2.1.2 Herança Digital

O desenvolvimento tecnológico trouxe à sociedade pós-moderna relevantes mudanças em seu estilo de vida, principalmente, quando o assunto

se refere às áreas digitais e da informação. Com esse desenvolvimento tecnológico, o uso de diversos dispositivos eletrônicos tornou-se habitual no cotidiano, em virtude da grande facilidade de acesso a redes sociais, internet, informações, compartilhamentos. Nas palavras de Tomasevicius Filho (2016), “a internet é uma criação humana que modificou os limites do mundo sem precisar sair do planeta.”

A herança digital é um tema de grande relevância e sua necessidade de regulamentação enfrenta paradigmas antigos que, apenas nos últimos anos, dentro da era da revolução tecnológica e digital, passaram a ser discutidos.

Houve um grande redirecionamento entre o mundo fático, físico, para o mundo virtual, preferivelmente ao que se refere ao acúmulo de riquezas incorpóreas. Essa mais nova forma atual de herança, se assim pode ser dito, foi evidenciada pela Era da Informação, que traz inúmeros desafios e questionamentos ao Direito das Sucessões, o qual, por inequívoco evolutivo em relação à legislação brasileira, está inapto para as mais novas formas de patrimônio e herança, armazenadas em serviços *on-line*, armazenamento em nuvem, perfis virtuais, contas virtuais, dentre outros (FRANCO, 2015, p. 54).

Qual destinação auferir a esse vasto patrimônio digital quando se refere ao falecimento do titular? Nesse contexto, Lara (2016, p. 114) acredita que “todo esse conteúdo digital, todo esse mundo virtual deve ser preservado, até mesmo como um tesouro para as gerações futuras, desde que autorizados pelas pessoas envolvidas.”

Os doutrinadores e estudiosos que se propuseram a conceituar a herança digital, tema central do referido artigo, não discordaram muito do conceito básico de que ela se conceitua por ser um patrimônio virtual com objetos específicos, que consiste em tudo o que o *de cuius* pode guardar, em determinado espaço virtual, em vida. Nas palavras de Lima (2016, p. 61), “a noção de Herança Digital expressa a possibilidade de transmissão do acervo patrimonial digital do *de cuius* para seus herdeiros.” A herança digital consiste no legado digital de um indivíduo que fica armazenado digitalmente, através

das nuvens, ou armazenado em determinado computador, após sua morte (SILVA, 2014, p. 31).

A natureza jurídica da herança digital é de bem imóvel, pois conforme o art. 80, inciso II, do Código Civil, considera-se imóvel, para os efeitos legais, o direito à sucessão aberta, submetendo-se ao regramento jurídico próprio desse tipo de bem (LIMA, 2016, p. 12). Nessa mesma linha de raciocínio, a herança digital ainda pode ser considerada um complexo de relações jurídicas de uma pessoa, dotadas de valor econômico, nos termos do art. 91, do Código Civil.

A partir dessas discussões é que naturalmente os Estados foram chegando à conclusão de que se faz necessária a tutela da herança digital, visto que faz parte dessa nova realidade que se instaura com a sociedade pós-moderna, tão marcada pelo excêntrico uso da internet em sua cultura (PEREIRA, 2013, p. 110).

Afinal, o que se entende sobre a chamada herança digital?

A herança digital pode ser compreendida como a herança tradicionalmente conceituada nas doutrinas de Direito Civil, porém possuindo em seu teor objetos mais específicos, como o patrimônio virtual do *de cuius*, que equivale a tudo o que ele pode guardar em determinado espaço virtual em vida, ou seja, qualquer bem ou serviço virtual de titularidade personalíssima do autor da herança (BRASIL, 2012b).

Para Diniz (2012, p. 77), a herança é “o patrimônio do falecido, isto é, o conjunto de direitos e deveres que se transmite aos herdeiros legítimos ou testamentários, exceto se forem personalíssimos ou inerentes à pessoa do *de cuius*.”

2.1.2.1 Regras de sucessão aplicáveis à herança digital

Um dos problemas jurídicos que tomou grandes proporções na sociedade ultramoderna, na qual as relações sociais tornaram-se cada vez

mais eletrônicas, é a regulamentação da sucessão do patrimônio digital dos indivíduos, como ressaltam Baretto e Nery Neto (2015, p. 113).

O Código Civil de 2002, em seu texto e capítulos, não traz nenhuma regulamentação expressa quanto à herança digital, ou seja, herança essa que trate dos bens digitais, estes armazenados virtualmente (BRASIL, 1988).

Nesse contexto é que, em 2012, o Deputado Jorginho dos Santos Mello propôs o Projeto de Lei n. 4.099/2012, com vistas a tutelar justamente a questão da sucessão do patrimônio digital das pessoas que, como abordado inicialmente, ficou conhecida como “herança digital”.

O direito sucessório possui como principal conteúdo a transmissão de direitos e deveres do estimado autor da herança ou, como se pode nomear, *de cujus*, aos seus herdeiros, mediante testamento, disposição de última vontade, ou pelo que está determinado em Lei (TARTUCE, 2017, p. 15).

O dispositivo legal no qual se encontram as regras correlatas ao Direito sucessório e seus desdobramentos é o Código Civil Brasileiro de 2002, nos seus artigos 1.784 a 2.027 (BRASIL, 2002).

O início do direito sucessório começa com a abertura da sucessão, que ocorrerá somente com o momento da constatação da morte do indivíduo. Constatada a morte real do *de cujus*, segue-se à abertura da sucessão, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos, os quais serão ditados pelo legislador, e os herdeiros testamentários, os quais serão ditados pelo testamento realizado pelo *de cujus* (Código Civil, art. 1.784) (BRASIL, 2002).

Além do disposto no Código Civil brasileiro, o direito sucessório está garantido na Carta Magna brasileira, em seu art. 5º, inciso XXX, já explanado, e em seu art. 227 § 6º, onde assegura a paridade de direitos, inclusive os sucessórios, entre todos os filhos, havidos ou não da relação de casamento, assim como por doação (GOMES, 2012, p. 4).

Para Baretto e Nery Neto (2015, p. 30), as empresas jamais poderiam estipular cláusulas proibitivas de sucessão quando o assunto é aquisição de bens virtuais, pois essas cláusulas proibitivas não podem estar antepostas ao

direito fundamental à herança, constante do art. 5º, inciso XXX, da Constituição Federal Brasileira, devendo o Poder Judiciário garantir a unidade do ordenamento jurídico ao adequar “as políticas de uso” dos serviços de venda de conteúdo digital. Outro elemento apresentado por Costa Filho (2016, p. 20), como obstáculo à transmissão hereditária dos bens digitais, é a privacidade.

O patrimônio digital dos usuários *on-line* aumenta diariamente e com esse aumento se observa a crescente escassez de normas jurídicas que venham a regulamentar a proteção jurídica desses bens em relação à sua transmissão diante do direito sucessório (LARA, 2016, p. 45-46). Por essa razão, julga-se necessária uma mudança legislativa a fim de regulamentar a proteção de determinados bens digitais quando o seu proprietário sucumbir, cessando sua personalidade civil.

Como já abordado, a legislação pátria não aborda a herança digital. Os direitos sucessórios em relação aos bens armazenados digitalmente, por não possuírem uma regulamentação específica quanto à herança digital, em específico, acabam sendo interpretados e relacionados aos direitos advindos das regras sucessórias impostas pelo Código Civil brasileiro de 2002, ou seja, em uma interpretação lógica esses bens digitais passam a ser dos herdeiros legítimos, testamentários, descendentes, ascendentes, cônjuge, companheiro, assim como o disposto na legislação correlacionada à vocação hereditária (PINHEIRO, 2013, p. 77).

Não há, na legislação atual brasileira, incluindo o Código Civil brasileiro, nenhuma disposição referente à regulamentação da herança digital, que trate exclusivamente de bens acondicionados virtualmente. Entretanto, há uma única fonte normativa presente no Brasil que aborda questionamentos sobre a herança digital, o Projeto de Lei n. 4.099, de 2012, de autoria do Deputado Federal Jorginho dos Santos Mello. O Projeto de Lei foi criado com o intuito de tutelar lacunas da lei relacionadas à matéria sucessória do patrimônio digital das pessoas, que passou a ser conhecido como herança digital. Este Projeto de Lei pretende alterar o artigo 2.788 da Lei

n. 10.406/2002, a qual “implementou o Código Civil brasileiro”, incluindo o tema herança digital à legislação pertinente (BRASIL, 2012a).

Jorginho Mello justifica a implementação deste Projeto Lei mencionando a carência de legislação acerca do tema e, principalmente, como o direito deve se ajustar acerca dessa nova realidade, já presente no cotidiano brasileiro e em diversas decisões judiciais. In verbis:

O Direito Civil precisa ajustar-se às novas realidades geradas pela tecnologia digital, que agora já é presente em grande parte dos lares. Têm sido levadas aos Tribunais situações em que as famílias de pessoas falecidas desejam obter acesso a arquivos ou contas armazenadas em serviços de internet e as soluções tem sido muito díspares, gerando tratamento diferenciado e muitas vezes injustos em situações assemelhadas. É preciso que a lei civil trate do tema, como medida de prevenção e pacificação de conflitos sociais. O melhor é fazer com que o direito sucessório atinja essas situações, regularizando e uniformizando o tratamento, deixando claro que os herdeiros receberão na herança o acesso e total controle dessas contas e arquivos digitais. (BRASIL, 2012a).

O PL foi apresentado em 2012, já teve seu texto aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara e remetido para que o Senado Federal o aprecie, entretanto, ainda não foi sancionado. Não obstante, a sua proposta denota de um importante marco no desenvolvimento social e tecnológico e ao ajuste necessário à nova realidade contemplada pelo estilo de vida contemporâneo. Com a aprovação deste Projeto de Lei estaria se aderindo a um novo legado sucessório no Direito brasileiro.

A implicância da não existência de uma lei regulamentadora na legislação brasileira não coíbe a inclusão de bens digitais em um inventário. Inúmeros casos abrangendo a discussão do tema herança digital vêm sendo divulgados nas mídias e nas divergentes decisões dos Tribunais (LARA, 2016, p. 50).

Um dos primeiros casos brasileiros que repercutiu acerca da herança digital foi o caso da jornalista Juliana Ribeiro Campos, que em maio de 2012

faleceu. Por ter deixado suas redes sociais ativas, o perfil do Facebook de Juliana tornou-se um “muro de lamentações”, como relatou sua mãe Dolores Pereira, a qual, sentindo-se angustiada com tal situação, pleiteou na justiça do Estado de Mato Grosso do Sul a retirada do perfil da jovem do ar. Seu pedido foi deferido pela Juíza Vania de Paula Arantes, a qual deferiu o pedido por meio da decisão de que a empresa que mantém ativa a conta de um usuário já falecido vem diretamente atacar o direito à dignidade da pessoa humana e, principalmente, das pessoas próximas (GLOBO, 2013).

Outro caso de notória repercussão, este em nível internacional, foi o de Justin M. Ellswort, que veio a óbito no Iraque, em 2004, também deixando redes sociais ativas. Seus pais, ao tentarem contato com a empresa Yahoo, para ter o devido acesso ao e-mail do seu filho já falecido, tiveram o seu pedido negado, pois a empresa alegou que, em razão de seus termos de segurança, os usuários de seus programas deveriam, em vida, estabelecer determinadas pessoas que poderiam vir a ter acesso a suas contas digitais após seu óbito. Devido à negativa de acesso resolveram, portanto, recorrer ao Judiciário, com o intuito de ver o suposto direito de acesso à conta o filho falecido garantido (RESENDE, 2012).

Denota-se, por intermédio dos casos supracitados e da inexistência de uma legislação pertinente sobre o assunto, que há diversos entendimentos diferenciados em relações a casos fáticos apresentados nos Tribunais. Para alguns se entende que a falta de jurisprudência, pacificando quais ativos digitais podem ser transmitidos aos herdeiros, acarreta dúvidas correlacionadas a quais bens digitais podem ser objetos sucessórios, entre eles bens de valor patrimonial ou não. Há também a defesa, por parte de advogados, aos termos de segurança dos “maiores portais da Internet”, como o Facebook, Yahoo, Google, onde somente poderia ocorrer acesso a contas e bens digitais se, ainda em vida, o falecido deixasse estabelecido quais pessoas poderiam ter acesso a suas contas e bens digitais (COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL, 2018).

Em relação aos casos e divergências aqui comentados é que surge a urgência da discussão relacionada à herança digital no Brasil e no mundo, havendo a necessidade da tutela da herança digital.

2.2 O DIREITO DIGITAL E SEU CARÁTER EVOLUTIVO

Para Lima (2013, p. 20), o direito digital é “a evolução do próprio direito para acompanhar a atualização dos meios de comunicação e das relações entre as pessoas, qual seja, a vida digital.” Em outras palavras, para Pinheiro (2013, p. 7), o direito digital é a própria evolução do direito moderno, mantendo seus institutos e princípios fundamentais já existentes, buscando, porém, aplicações a uma nova realidade atual da sociedade, a era da inclusão digital.

O direito digital destaca-se pela sua abrangência e dinamismo, pois não está limitado somente à Internet (PINHEIRO, 2013, p. 80). Entende-se como um ramo inusitado do Direito que teve seu surgimento em virtude do efeito do desenvolvimento e impacto tecnológico na sociedade (PAIVA, 2009, p. 7).

Esse direito, de fato, possui inúmeras particularidades, dentre elas a questão de que os “princípios prevalecem às regras”, pois o acelerado ritmo da evolução tecnológica estará sempre à frente do ritmo da evolução da atividade legislativa. Isso faz com que a autorregulamentação seja um fator presente dentro do direito digital, no qual os próprios participantes criem um complexo de regras e soluções dinâmicas e práticas para a solução dos conflitos, sem deixar de atender ao dinamismo exigido pelo Direito Digital (PINHEIRO, 2013, p. 25).

Essas particularidades, para Lima (2016, p. 57), refletem em características básicas que determinam esse ramo jurídico, entre elas estão a celeridade, a autorregulamentação e o dinamismo, estas exemplificadas acima.

Deve-se considerar que em razão da predominância da autorregulamentação desse direito, faz-se necessária a informação das

normas e procedimentos digitais, por parte dos provedores, aos usuários que serão submetidos a estas, para que ninguém alegue o desconhecimento da lei, escusando-se de cumpri-la sob a alegação do seu não conhecimento, conforme consta no artigo 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (PINHEIRO, 2013, p. 29).

Em relação aos aspectos constitucionais, o direito digital está instituído na liberdade de acesso à informação, garantia disposta no artigo 220 da Constituição Federal Brasileira de 1988 (BRASIL, 1988).

Por se tratar de um direito evolutivo, o direito digital enfrenta imensuráveis desafios jurídicos, os quais, nas palavras de Pinheiro (2013, p. 53-54), “enfrentam contradições entre globalização e individualização, que é a grande característica de nossa era – uma era de transição, em que convivem conceitos aparentemente tão díspares.”

Pinheiro (2013) alega que o Direito Digital não é um “novo direito”, e sim um direito derivado da atual legislação:

Não devemos achar, portanto, que o Direito Digital é totalmente novo. Ao contrário, tem ele sua guarida na maioria dos princípios do Direito atual, além de aproveitar a maior parte da legislação em vigor. A mudança está na postura de quem a interpreta e faz sua aplicação. [...] O Direito tem de partir do pressuposto de que já vivemos uma sociedade globalizada. Seu grande desafio é ter perfeita adequação em diferentes culturas, sendo necessário, por isso, criar a flexibilidade de raciocínio, nunca as amarras de uma legislação codificada que pode ficar obsoleta rapidamente.

Para não deixar vaga a questão legislativa, dentre as leis existentes, que condizem com o Direito Digital, menciona-se a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, denominada e popularmente conhecida como Marco Civil da Internet. Essa lei estabelece princípios, direitos, deveres e garantias para o uso adequado da Internet no Brasil, tutelando as situações jurídicas decorrentes do seu uso (BRASIL, 2014). Entretanto, o marco civil da internet não retrata

todos os aspectos referentes aos direitos sucessórios de bens digitais, mesmo sendo uma lei recente.

Como bem coloca Pinheiro (2013, p. 35), indiferente de qual caminho o Direito Digital elege para tutelar todas as novas questões jurídicas derivadas desse direito, o jurisdicionado não pode vir a retroceder ao Estado de Natureza, pois, assim, estar-se-ia perdendo a crença nas instituições e submetendo a sociedade a um estado arcaico, onde se faz “justiça com o próprio mouse”.

2.3 BENS DIGITAIS

Como já abordado nas seções anteriores, a morte é de fato um acontecimento jurídico ordinário, que com o seu marco gera efeitos jurídicos relacionados à abertura da sucessão, ou seja, a herança do *de cujus* é colocada em pauta e a transmissão de seu patrimônio ocorre (FIÚZA, 2004, p. 998).

Lato Sensu, o objeto da sucessão é a herança, ou como se classifica, é o patrimônio do falecido. Porém, o patrimônio do *de cujus* não se limita a direitos e bens corpóreos, uma vez que bens que não possuem existência física, como os bens digitais, também podem compor o patrimônio de uma pessoa (DINIZ, 2012, p. 77).

É possível definir os bens digitais como uma espécie de bens incorpóreos, bens que não possuem existência física, como já supracitado. Todavia, os bens digitais são conceituados, segundo Lara (2016, p. 22), como “bens que podem ser processados em dispositivos eletrônicos”, isto é, informações que possam ser armazenadas virtualmente, por intermédio de dispositivos eletrônicos, como computadores, celulares e tablets. Já para Lacerda (2017, p. 74), os bens digitais são “bens incorpóreos, os quais são inseridos na internet por um usuário, consistindo em informações de caráter pessoal, que lhe trazem alguma utilidade, tenham ou não conteúdo econômico.”

Tais bens podem ser compostos por textos, vídeos, fotografias, base de dados, arquivos eletrônicos, entre outros, como também podem ser caracterizados como bens incorpóreos, pois os bens digitais são os que mais se assemelham a bens incorpóreos e, por vezes, é a característica mais trazida pelos doutrinadores (LACERDA, 2017, p. 61). Em síntese, os bens digitais são o mais novo tipo de herança que surgiu na internet.

2.3.1 Caracterização dos bens digitais

A relativa democratização do acesso à internet no Brasil revolucionou o estilo de vida de sua sociedade, pois deu origem a comportamentos, hábitos, culturas até então inesperadas. Com a constante evolução do mundo digital as pessoas passaram a padronizar novos hábitos inerentes ao mundo cibernético, como comprar itens em lojas virtuais, interagir com as pessoas de seu círculo social por meio de mensagens on-line e redes sociais, perdendo o hábito do contato físico, mas o mais preponderante foi que passaram a armazenar seus bens, inclusive econômicos, em serviços de nuvem virtual, transformando relações interpessoais em uma relação digital (LACERDA, 2017, p. 9).

Por se tratar de direito sucessório, o objeto da sucessão é, evidentemente, o patrimônio do falecido, ou seja, o seu conjunto de bens – tanto corpóreos quanto incorpóreos, de valor econômico e/ou sentimental –, e direitos, que se transmitem aos herdeiros legítimos ou testamentários. Em relação aos bens digitais, estes se encontram caracterizados como todo e qualquer conteúdo intangível que se compartilha na web, na internet. Podem ser caracterizados como legado virtual, esses são bens especificamente considerados incorpóreos e originados da inteligência humana (LARA, 2016, p. 48).

Como exemplo de bens digitais pode-se mencionar arquivos eletrônicos de modo geral, envolvendo mensagens, armazenamento de serviços, fotos, vídeos, livros em pdf, documentos on-line, músicas, conteúdos associados às contas pessoais no Instagram, Facebook, entre outros. Um dos

mais recentes bens digitais de criação e utilização recente são as moedas digitais, mais conhecidas como *bitcoins* (criptomoedas), sobre a qual se falará mais detidamente adiante.

A caracterização dos bens digitais varia de autor para autor. Alguns estabelecem que a classificação dos bens digitais mereça suma importância e distinção, pois para cada classe de bens digitais o tratamento jurídico pode ser diverso, é isso que alega Pinheiro (2013, p. 32). Já para Lacerda (2017, p. 112), os bens digitais são definidos como bens de valor financeiro e bens de valor emocional. Os bens de valor financeiro podem ser classificados como bens de valor econômico, de caráter patrimonial, podendo ser transmitidos aos herdeiros, entre eles mencionam-se as músicas, bibliotecas digitais, acervos digitais, jogos on-line, moedas virtuais, milhas aéreas, entre outros.

Conceituado por Lima (2016, p. 54), os bens digitais são todo e qualquer item de conteúdo de imagens, textual, arquivos de mídia, que possua em si o seu direito de uso, entendendo-se, portanto, que devem possuir o direito autoral, caso contrário, não será conceituado como um bem digital.

Lara (2016, p. 22) afirma que os bens digitais são como uma espécie de bens incorpóreos, ou seja, são definidos como incorpóreos em razão de sua característica de ser um bem que não possui uma existência material, física e tangível, mas que possui valor econômico e também sentimental.

Não se pode entender como bens digitais apenas os conteúdos incorpóreos e aqueles originados da inteligência humana que se compartilha via internet. Compreende-se como bens digitais e de objeto de sucessão digital aqueles que possuem valoração econômica e, principalmente, os de valoração sentimental, que possuem afeição tanto pelo titular do bem quanto por seus possíveis sucessores.

Nesse rumo, Baretto e Nery Neto (2015, p. 1) escrevem: “A digitalização das relações sociais tem mudado a maneira como o ser humano interage no seu ciclo social.” A nova realidade instituída pela Era da Informação cria inúmeros desafios ao Direito Sucessório, que está desprevenido para

essas atuais formas de bens e patrimônios digitais, armazenados virtualmente e regidos por milhares de informações (FRANCO, 2015, p. 91).

2.3.2 Bens digitais enquanto bens incorpóreos suscetíveis de sucessão

Especificamente, a doutrina classifica os bens como corpóreos e incorpóreos, os primeiros, bens que possuem uma existência física, tangível, material; os segundos, bens que não possuem uma existência material, física e tangível, mas possuem um valor econômico, sendo bens que possuem existência apenas jurídica. Com a evolução da sociedade para uma sociedade virtualizada, esse entendimento específico doutrinário passou a necessitar de mudanças, tendo em vista que os bens digitais são classificados como incorpóreos (LARA, 2016, p. 23).

Dentre muitos doutrinadores, vários defendem a relevância da herança digital, como também acreditam que os bens digitais possuam valor econômico. Nesse patamar, Lima (2013, p. 33) explana a respeito da possibilidade de dois tipos de modalidade de intervenção dos herdeiros no acervo de bens digitais do *de cuius*: uma das modalidades consiste nos bens suscetíveis de valoração econômica e a outra modalidade consiste em bens não suscetíveis de valoração econômica.

Edwards e Harbinja (2013, p. 106) também trazem a classificação de que os bens digitais são divididos em dois ramos: os bens digitais com valor econômico e os bens digitais sem valor econômico, estes denominados como bens de valor sentimental, valor pessoal.

Tendo em vista que nem sempre os bens digitais possuem valor econômico, podendo possuir somente valor sentimental, é que surgiu a premissa de uma celeuma doutrinária em relação aos bens que compõem a herança digital. Tal celeuma origina-se do fato de que os bens digitais podem ser ou não suscetíveis de valoração econômica. Os bens economicamente

apreciáveis, como músicas, livros, jogos, filmes, entre outros, podem perfeitamente serem transferidos aos herdeiros, sem nenhuma necessidade de o autor da herança elaborar qualquer testamento incluindo esses bens. Porém, referente aos bens insuscetíveis de valoração econômica, não se pode afirmar o mesmo, tendo em vista que até alguns juristas negam a sua transmissibilidade quando inexistir testamento, caso este em que será necessário o auxílio do judiciário (LIMA, 2013, p. 33).

Para sustentar esse entendimento, determinados juristas apoiam-se em dois argumentos exemplificados por doutrinadores. O primeiro entendimento, nas palavras de Lima (2013, p. 34), é o fato de que “os bens insuscetíveis de valor econômico, por não possuírem valor financeiro, não entram na partilha, não fazendo parte do patrimônio a ser recebido pelos herdeiros.” Para Franco (2015, p. 35), isso ocorre, porque “a definição de patrimônio considerada pelo direito brasileiro leva em consideração somente o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa dotadas de valor econômico.”

Todavia, há entendimentos doutrinários no sentido de que mesmo os bens insuscetíveis de valoração econômica podem ser transferidos aos herdeiros sem testamento do *de cujus*. Para Antunes e Zampieri (2015, p. 5), há casos em que a herança não deveria ser restrita apenas a uma forma de proteção de bens, exclusivamente materiais, mas a bens que possam ser registrados pessoal e sentimentalmente nas redes sociais em geral. Franco (2015, p. 71) conclui que o mais adequado para esses casos seja a inclusão dos ativos digitais na herança do *de cujus*, mesmo que estes não possuam valoração econômica.

Para Lima (2013, p. 35), não há nenhum empecilho em acrescentar bens digitais de valoração econômica na herança, pois tais bens condizem com o conceito mais básico de patrimônio.

O intrigante é que determinados serviços de internet, dentre eles Facebook e Google, já apresentam ferramentas para que seus usuários

estabeleçam ainda em vida qual será a destinação de seus bens arquivados digitalmente para quando o advento morte ocorrer (GOOGLE..., 2013).

Não há nenhuma disposição, no Código Civil brasileiro, relacionada à herança digital, que aborde especificamente sobre os bens armazenados digitalmente. Porém, a legislação brasileira não aparenta possuir qualquer impedimento com a inclusão dos bens digitais em testamentos. Assim, por intermédio de uma interpretação lógica, o testamento de uma pessoa física, mesmo que este não faça qualquer menção a bens digitais, não impede que os sucessores e possíveis herdeiros pleiteiem ação judicial para obter acesso a esses bens.

Costa Filho (2016, p. 5) aborda sobre o entrave relacionado à transmissão dos bens digitais pela herança, esta classificada como privacidade. A privacidade, enquanto direito fundamental, estabelecido pelo artigo 5, inciso X, da Constituição Federal e enquanto direito protegido pelo artigo 21, do Código Civil, pode vir a ser violada, por exemplo, em casos que o objeto da sucessão viole questões de segurança de determinados provedores digitais ou que viole a privacidade do *de cujus*, quando em vida se submeteu a aceitar termos de segurança impostos por sites e contas digitais. O simples fato de se colocar elementos como estes, que violem a privacidade e termos de segurança de provedores, já gera uma discussão acerca dessa violação.

Entretanto, cumpre ressaltar, juntamente com uma legislação civil integralmente reformada no ano de 2002, que os bens incorpóreos não carecem de qualquer aceitação jurídica, na doutrina e nos tribunais, pois já eram aceitos de forma pacífica no direito privado internacional, porém, sua classificação não encontra respaldo jurídico no texto do Código Civil.

É indiscutível a necessidade de incluir os bens digitais na herança, isso em razão de que o elevado índice de acúmulo de patrimonial digital mostra-se presente no cotidiano brasileiro. Não obstante o direito à herança digital ter sido ascendido como direito fundamental pela Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 5º, inciso XXX (BRASIL, 1988), empresas, servidores,

juristas, advogados, dentre outros, não sabem resolver e não encontram respaldo jurídico para solucionar o destino dos ativos digitais do *de cujus* para com seus herdeiros (LACERDA, 2017, p. 113).

2.4 CRIPTOMOEDA, CONCEITO E DEFINIÇÃO

O sistema monetário brasileiro não possui a criptomoeda, ou moeda virtual, como uma moeda de valor no seu sistema jurídico, justamente por não ser tributada e ainda não aceita no mercado (ULRICH, 2014, p. 17).

Essa nova forma de moeda virtual foi criada pela crise de 2008, ocorrida nos Estados Unidos. Com essa crise, os ativistas políticos criaram a primeira moeda digital criptografada, o *bitcoin*, que possuía a finalidade de criar um sistema “monetário” diferenciado, justamente para poder acessar e resgatar o dinheiro no momento mais oportuno ao usuário (BELCHOR, 2018). A criptomoeda foi lançada em 2009 e não havia preço estimado, porém sua primeira precificação foi de: US \$ 0 e esta valoração permaneceu durante o seu primeiro ano de existência. Já em 2010 a precificação de uma moeda digital equivalia a US \$1, o equivalente a aproximadamente R\$ 2,40 em moeda nacional brasileira (BUY BITCOIN WORLDWIDE, 2019).

A moeda virtual foi a primeira tecnologia da história que transformou relações interpessoais em uma relação 100% digital. O seu diferencial se encontra nos benefícios que essa nova tecnologia trouxe às relações interpessoais, como a maior celeridade, o baixo custo, o não confisco, ou seja, uma vez adquirida a moeda virtual ela não pode sofrer interferência por nenhum governo em suas operações (NAKAMOTO, 2008, p. 23).

O governo não poderá intervir nesse novo sistema monetário, pois com o surgimento da criptomoeda, o sistema não necessita mais de um intermediário, que nesse caso seria o governo, para a relação de rotatividade, disponibilidade e seguridade, a pessoa em si será seu “próprio banco”, não havendo o fator: inflação (ULRICH, 2014, p. 25).

A criptomoeda é regulamentada e legalizada em diferentes países, porém não é reconhecida pela legislação brasileira como uma moeda, não podendo, portanto, ser tributada (BELCHOR, 2018).

Para Mises (2010, p. 537), uma provável definição para a criptomoeda seria de que ela é um meio de troca secundário, entendido como bens de elevado grau de negociabilidade secundária, porém, Ulrich (2014, p. 61) a define como dinheiro *commodity*, um dinheiro mercadoria, ou seja, o dinheiro propriamente dito, ou, como afirma, “um bem econômico usado como dinheiro, independente de qual bem este seja.” Rothbard (2013, p. 827) entretanto define essa moeda virtual como uma quase-moeda (*quase money*).

Essas novas moedas virtuais não são caracterizadas como ilegais, mas ainda enfrentam teses em torno da sua regulamentação. A criptomoeda, é “a mais nova corrida do ouro da era digital”, segundo aponta Fabiana Batistela (BATISTELA, 2017).

2.4.1 A criptomoeda e seu impacto no direito sucessório

Criptomoeda e herança digital, eis aqui um grande problema ainda não resolvido e fundamentado. Em virtude da falta de legislação sobre o tema abordado e, principalmente, da falta de posicionamento jurisprudencial, não é viável determinar um parâmetro exato para a realização da transmissão das criptomoedas por meio da herança.

Para Alexandre (2013, p. 570), o acesso dos herdeiros às moedas digitais, na nova era do bitcoin, é “o velho problema das heranças”, pois a natureza descentralizada das criptomoedas não apresenta recursos para uma solução lúcida do problema.

Para a inclusão das criptomoedas na sucessão, necessária é a sua classificação da natureza jurídica. Por ser dividida em partes iguais, a sua transmissão funcionaria de maneira semelhante à da moeda normal, instituída pelo governo, segundo afirma Martins (2016, p. 28), quando abrange em sua

teoria monetária que as moedas virtuais funcionam, de certa forma, como moeda real.

Em relação à tributação dessa nova moeda, entende-se que o principal imposto incidido nessa relação sucessória virtual é o Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD), pois este incide sobre quais bens e direitos. Esse imposto, portanto, automaticamente incidirá sobre a criptomoeda, considerando-se que, apesar de ela não possuir uma ordenação jurídica específica, ainda assim possui valor econômico, figurando no conceito de bem (ALEXANDRE, 2013, p. 573).

O Banco Central, em seu comunicado 25.306/2014, aborda um problema relacionado à inexistência de um órgão que determine um valor específico para a conversão das moedas virtuais em moedas oficiais:

Essas chamadas moedas virtuais não têm garantia de conversão para a moeda oficial, tampouco são garantidos por ativo real de qualquer espécie. O valor de conversão de um ativo conhecido como moeda virtual para moedas emitidas por autoridades monetárias depende da credibilidade e da confiança que os agentes de mercado possuem na aceitação da chamada moeda virtual como meio de troca e das expectativas de sua valorização. Não há, portanto, nenhum mecanismo governamental que garanta o valor em moeda oficial dos instrumentos conhecidos como moedas virtuais, ficando todo o risco de sua aceitação nas mãos dos usuários. (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2017, p. 245).

Não existe, desse modo, no momento, uma garantia de que as criptomoedas venham a ser avaliadas dentro do processo sucessório, bem como não há uma garantia de que o ITCMD venha a incidir sobre elas (ULRICH, 2014, p. 113). A existência desse problema, segundo Alexandre (2013, p. 577), está relacionada à ausência de uma qualificação jurídica para as criptomoedas.

Por não ser tangível, não possuir registro em nenhum órgão central e poder ser armazenado em qualquer dispositivo de armazenamento, seja on-line, seja físico, é que a inclusão das criptomoedas no processo sucessório sofre problemas. Augusto e Oliveira (2015, p. 17), como previamente exposto, abordam que a problemática para essa inclusão surge com a inexistência de um órgão central, pois sem ele há grande dificuldade de fiscalização dessas criptomoedas, dificultando a mensuração da quantidade de moedas virtuais que determinada pessoa possui, impossibilitando incluir esse patrimônio virtual no processo sucessório.

Não existe, dessa forma, uma maneira segura de incluir e repassar essas moedas para determinados herdeiros, sem que determinadas ações sejam tomadas, previamente, pelo proprietário das criptomoedas.

Um instrumento viável para a transmissão dessas moedas aos herdeiros, de acordo com a legislação brasileira, seria a opção da confecção de um testamento cerrado, o qual, segundo Venosa (2013, p. 227), “visa manter a última vontade do testador em segredo.” Pode, assim, o testador incluir suas chaves de acessos e seus arquivos de armazenamento dentro do seu testamento, ou apenas incluir determinado endereço eletrônico que disponibilize aos herdeiros suas chaves de acesso em formato digital, facilitando a transmissão aos herdeiros (TOMASICCHIO, 2016).

No que se refere ao testamento cerrado, uma problemática existente diz respeito à preservação do testamento, cabendo ao testador cuidar de sua preservação e garantir que uma pessoa de confiança manifeste o testamento ao juiz, a fim de que seja executado (VENOSA, 2013, p. 232).

Outra possibilidade de inserção das criptomoedas no processo sucessório está relacionada ao Projeto de Lei n. 4.099/2012, já abordado anteriormente, que visa uma mudança legislativa, alterando o art. 1.788 do Código Civil, determinando que todas as contas e arquivos digitais do *de cuius* sejam repassados aos herdeiros, garantindo, assim, a transmissão destes ativos digitais (AUGUSTO; OLIVEIRA, 2015, p. 17).

Se essa possibilidade fosse viável, o autor da herança poderia manter em sigilo a posse sobre suas criptomoedas, armazenando-as juntamente com suas chaves de acesso, em determinado arquivo on-line, como um e-mail de titularidade do autor, e somente com a sua morte é que essas moedas seriam reveladas aos herdeiros, sendo que a mudança de titularidade, tanto das moedas quanto do e-mail em que as chaves de acesso estariam armazenadas, se converteria aos herdeiros, os quais passariam a possuí-la.

Costa Filho (2016, p. 211) aborda outra maneira distinta para trazer as moedas virtuais ao processo sucessório, que seria por intermédio dos serviços de “testamento virtual”. Esses serviços, já disponíveis em diversas plataformas digitais, consistem em possibilitar a transferência de contas, senhas, perfis e todo o conteúdo de armazenamento *on-line* de determinada pessoa para terceiros, indicados por este, em caso de morte. Subentende-se, portanto, que tais serviços possibilitariam a transmissão das criptomoedas (TOMASICCHIO, 2016).

Nada obstante, a possibilidade de transmissão das criptomoedas na atualidade é algo possível, porém não fundamentado.

3 CONCLUSÃO

Na atual legislação pátria, especificamente a respeito da relação sucessória, não há qualquer dispositivo que trate sobre Herança Digital e a transmissão dos bens digitais. Diante da escassez legislativa sobre o tema, é fundamental se buscar respaldo na analogia e na interpretação extensiva, com o objetivo de viabilizar a transmissão sucessória referente aos bens digitais. Segundo Pamplona Filho (2016, p. 112), a interpretação extensiva e análoga, inúmeras vezes, não é suficiente para acompanhar o célere e eminente crescimento do direito digital, pois isso não garante a devida proteção à sociedade perante essa nova realidade.

O presente artigo teve o intuito do aprofundamento em relação à herança digital e a transmissão dos denominados ativos digitais de titularidade do *de cuius*. Sendo assim, o trabalho teve como finalidade afrontar o problema da possibilidade de transmissão, *post mortem*, dos bens digitais do falecido, sem este ter fornecido prévia manifestação sobre a possível transmissão desses bens, mesmo não havendo a inserção do tema herança digital no regulamento jurídico brasileiro.

A legislação atual brasileira não prevê qualquer legislação específica sobre o assunto, como também não prevê a possibilidade de transmissão de bens digitais do autor da herança a seus herdeiros, sobretudo, as criptomoedas. A transferência desses bens por intermédio do processo sucessório encontra-se limitada e subentendida de forma análoga. Essa transmissão somente será possível com a aprovação do Projeto de Lei n. 4.099/2012, o qual, caso aprovado, assegurará aos herdeiros a transmissão dos conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do *de cuius*, caso o mesmo não tenha confeccionado testamento, acrescentando ao parágrafo único do art. 1.788 do Código Civil, de 2002, determinada disposição.

Com a ausência de uma lei que regulamente a herança digital torne-se válido, para a interpretação e aplicação, o conceito trazido pela Constituição Federal brasileira de 1988, em seu art. 5º, inciso XXX, o qual garante o direito à herança, juntamente com os dispositivos que a regulamentam, presentes no Código Civil Brasileiro de 2002.

A inserção de novas tecnologias no mercado fez com que o mundo fosse elevado a uma nova dimensão digital, na qual a célere virtualização e modernização da sociedade são fatores que demonstram a vital necessidade do poder legislativo de aderir a questão da herança digital, dessa forma, tornando viável a aprovação da herança digital no ordenamento jurídico vigente, juntamente com a aprovação do Projeto de Lei n. 4.099/2012.

Nesta linha tênue, compreende-se que, mediante interpretações lógicas, extensivas e, muitas vezes, análogas das normas sucessórias relacionadas

nos dispositivos do Código Civil de 2002, é que ocorre a possibilidade de transmissão do legado digital, de seus bens incorpóreos e armazenados na rede, como as criptomoedas, de determinado usuário a seus familiares.

A necessidade de inclusão da herança digital no ordenamento jurídico surgiu com a preocupação e a urgência de uma maior segurança jurídica quanto à destinação dos ativos digitais do falecido. Isso faz com que se torne necessária uma legislação que regule a questão da herança digital referente à transmissão dos bens digitais do *de cuius*, para garantir determinada segurança jurídica.

Apesar de as criptomoedas não possuírem uma natureza jurídica firmada de maneira legislativa e também por não possuírem uma legislação que adeque esses ativos digitais no processo sucessório, ainda assim, o constante questionamento sobre a sua transmissão demonstra-se presente em diversos entraves sucessórios, principalmente, por ela não estar sujeita a qualquer regulamentação de governo ou banco central. Em relação às celeumas apresentadas ao judiciário e pela falta de uma legislação coerente é que se compreende pela inovação da maneira como se efetua o processo sucessório, inventário e partilha.

A maneira mais viável de transmissão desses ativos digitais, criptomoedas, seria mediante via judicial, com a realização de um testamento por parte do falecido ou também, entraria o papel do Estado em tutelar o acesso dos herdeiros a esses ativos digitais. A morte é iminente, porém, a criptomoeda permanecerá.

Por fim, conclui-se pela imediata necessidade de inserção da herança digital no ordenamento jurídico brasileiro, pois as relações digitais, com o decorrer do tempo, passaram a adquirir grande importância perante a sociedade, sendo imprescindível que a relação sucessória se adeque à realidade atual, assim se estaria aderindo a um novo legado sucessório no Direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, R. *Direito tributário esquematizado*. 7. ed. rev. e atual São Paulo: Método, 2013.

ANTUNES, N. Z.; ZAMPIERI, M. C. A herança digital e sua necessidade de implementação no processo de modernização do ordenamento jurídico brasileiro. In: SEMANA ACADÊMICA FADISMA ENTREMENTES, 12., 2015, Santa Maria. *Anais* [...]. Santa Maria, 2015. Disponível em: <http://sites.fadisma.com.br/entrementes/anais/wp-content/uploads/2015/08/a-heranca-digital-e-sua-necessidade-de-implementacao-no-processo-de-modernizacao-do-ordenamento-juridico-brasileiro.pdf>. Acesso em: 29 maio 2018.

AUGUSTO, N. C.; OLIVEIRA, R. N. M. de. A possibilidade jurídica da transmissão de bens digitais “causa mortis” em relação aos direitos personalíssimos do “de cujus”. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE: MÍDIAS E DIREITOS DA SOCIEDADE EM REDE, 3., 2015, Santa Maria. *Anais* [...]. Santa Maria: UFSM, 2015.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Comunicado n. 25.306/2014*. Disponível em: <https://www3.bcb.gov.br/normativo/detalharNormativo.do?method=detalharNormativo&N=114009277>. Acesso em: 23 abr. 2018.

BARETTO, A. G.; NERY NETO, J. A. Herança Digital. *Direito & TI – Debates Contemporâneos*. 2015. Disponível em: <http://direitoeti.com.br/site/wp-content/uploads/2016/03/BARRETO-Alessandro-Gon%C3%A7alves-NERY-NETO-Jos%C3%A9-Anchi%C3%A7a-Heran%C3%A7a-Digital.pdf>. Acesso em: 29 maio 2018.

BATISTELA, F. Bitcoin: A nova corrida do ouro da era digital. *Computerworld*, 2017. Disponível em: <https://computerworld.com.br/2017/08/10/bitcoin-nova-corrida-do-ouro-da-era-digital/>. Acesso em: 10 jun. 2018.

BELCHOR, P. M. *Criptomoedas e o futuro da Economia Mundial*. Joaçaba: Unoesc, 2018. Palestra.

BERTASSO, B. de M. *Bens digitais em serviço de computação em nuvem e o direito de sucessão*. Orientador: Aletéia Patricia Favacho de Araújo. 2015. 67 p. Dissertação (Mestrado em Ciência da Computação) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2015.

BITTAR, C. A. *Direito Civil na Constituição de 1988*. Institui o Código Civil. 2. ed. São Paulo: RT, 1991.

BRASIL. Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26 maio 2018.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 12 fev. 2019.

BRASIL. *Projeto de Lei n. 4.099/2012*. Altera o art.1.788 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que “institui o Código Civil”. 2012a. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1004679&filename=PL+4009/2012. Acesso em: 26 maio 2018.

BRASIL. *Projeto de Lei n. 4.847/2012*. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 2012b. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1049733&filename=PL+4847/2012. Acesso em: 5 jun. 2018.

BUY BITCOIN WORLDWIDE. *Gráfico do histórico de preço do Bitcoin*. 2019. Disponível em: <https://www.buybitcoinworldwide.com/pt-br/preco/>. Acesso em: 10 mar. 2019.

CASTELLS, M. *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura*. A Sociedade em Rede. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.

COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL. *Valor Econômico: Justiça recebe os primeiros casos sobre herança digital*. 2018. Disponível em: http://www.cnbsp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTY4MjI=&MSG_IDENTIFY_CODE. Acesso em: 4 abr. 2019.

COSTA FILHO, M. A. de F. Herança Digital: valor patrimonial e sucessão de bens armazenados virtualmente. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, Pernambuco, 2016. Disponível em: <http://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/152/143>. Acesso em: 23 maio 2018.

DINIZ, M. H. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6.

EDWARDS, L.; HARBINJA, E. Protecting Post-mortem Privacy: reconsidering the privacy interests of the deceased in a digital world. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, v. 32, n. 1, 2013.

FÁVERI, P. G. de. *Herança Digital no Brasil: uma análise dos direitos da personalidade após a morte quanto aos arquivos deixados na internet*. Orientador: Rosângela Del Moro. 2014. 100 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2014.

FIÚZA, C. *Direito Civil: Curso Completo*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FRANCO, E. L. *Sucessão nas redes sociais: tutela jurisdicional dos dados on-line do de cujus*. Orientador: Renata Raupp Gomes. 2015. 71 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. *Direito Civil: Parte Geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, O. *Direito de Família*. 14. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOMES, O. *Sucessões*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7.

GOOGLE cria testamento virtual para seus produtores. *Vírgula*, 13 abr. 2013. Disponível em: <http://www.virgula.com.br/geek/google-cria-testamento-virtual-para-seus-produtos/>. Acesso em: 15 jun. 2018.

HERANÇA digital já chegou ao Brasil. *Atheniense Advogados*, Belo Horizonte, 23 dez. 2011. Disponível em: <http://www.atheniense.com.br/noticias/heranca-digital-ja-chegou-ao-brasil/>. Acesso em: 26 jun. 2018.

LACERDA, B. T. Z. *Bens digitais*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017.

LARA, M. F. *Herança Digital*. Porto Alegre: Edição do Autor, 2016.

LEONARDI, M. *Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. Disponível em: <http://leonardi.adv.br/wp-content/uploads/2011/04/mlrcpsi.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2018.

LIMA, I. R. *Herança Digital: direitos sucessórios de bens armazenados virtualmente*. Orientador: Gladstone Leonel da Silva Júnior. 2013. 57 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2013.

LIMA, M. A. M. *Herança Digital: Transmissão post mortem de bens armazenados em ambiente virtual*. Orientador: Maria Tereza Cabral Costa Oliveira. 2016. 95 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2016.

LÔBO, P. *Direito civil: sucessões*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MÃE pede na Justiça que Facebook exclua perfil de filha morta em MS. G1, 24 abr. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2013/04/mae-pede-na-justica-que-facebook-exlcua-perfil-de-filha-falecida-em-ms.html>. Acesso em: 6 jun. 2018.

MARTINS, M. M. *Entendendo Moedas Virtuais à luz das teorias monetárias: O caso do Bitcoin*. 2016. 43 f. Monografia (Especialização em Ciências Econômicas) – Departamento de Ciências Econômicas, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2016.

MAXIMILIANO, C. *Direito das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. v. 1 e v. 3.

MISES, L. von. *Ação Humana. Um tratado de economia*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

MISES, L. von. *A verdade sobre a inflação*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2008. Disponível em: <https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=101>. Acesso em: 17 set. 2016.

NAKAMOTO, S. Bitcoin: um sistema de dinheiro eletrônico ponto-a-ponto. *The Cryptography Mailing List*, 2008. Disponível em: http://www.usandobitcoin.com.br/files/BitcoinPaper_Portugues.pdf. Acesso em: 7 set. 2016.

OLIVEIRA, E. de. *Direito de herança: A nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2005.

PAIVA, M. A. L. de. *A Ciência do Direito Informático*. Belém: [s. l.], 2009. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30390-31543-1-PB.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2017.

PAMPLONA FILHO, R. *Direito Civil: Parte Geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, C. M. da S. *Instituições de direito civil*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PINHEIRO, P. P. (coord.). *Direito digital aplicado 2.0*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PINHEIRO, P. P. *Direito Digital*. 5. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com as Leis ns. 12.735 e 12.737, de 2012. São Paulo: Saraiva, 2013.

RESENDE, L. “Pós-vida” digital: o que acontece com suas contas depois que você morre? *Hypescience*, 30 maio 2012. Disponível em: <http://hypescience.com/pos-vida-digital-o-que-acontece-com-suas-contas-depois-que-voce-morre/>. Acesso em: 5 maio 2016.

RODRIGUES, S. *Direito Civil*. 25. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7.

ROTHBARD, M. N. *O que o governo fez com o nosso dinheiro?* São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.

SILVA, J. F. da. *Herança digital: a importância desta temática para os alunos da Faculdade de Informação e comunicação da Universidade Federal de Goiás*. 2014. 83 p. Monografia (Bacharel em Biblioteconomia) – Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2014. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/xmlui/bitstream/handle/ri/10808/TCC%20-%20Biblioteconomia%20%20J%C3%A9ssica%20Ferreira%20da%20Silva?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23 jun. 2018.

TARTUCE, F. *Direito civil: Direito das Sucessões*. 4. ed. São Paulo: Método, 2017. v. 6.

TARTUCE, F. *Direito civil: Lei de introdução e parte geral*. 7. ed. São Paulo: Método, 2011. v. 1.

TOMASEVICIUS FILHO, E. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo. *Periódico Scielo. Estud. Av.*, São Paulo, v. 30, n. 86, jan./abr. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000100269. Acesso em: 23 nov. 2018.

TOMASICCHIO, A. *Who Gets Your Bitcoin Investment Once You Are Dead?* 2016. Disponível em: <https://cointelegraph.com/news/bitcoin-investment-heritage>. Acesso em: 12 maio 2018.

ULRICH, F. *Bitcoin: a moeda na era digital*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014.

VENOSA, S. de S. *Direito civil: direito das sucessões*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 7.

VENOSA, S. de S. *Direito civil: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1.

PROTEÇÃO AOS REFUGIADOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Renan Bittencourt de Oliveira¹

Roni Edson Fabro²

Resumo: A pesquisa diz respeito à proteção e às leis específicas que regem o refugiado no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os procedimentos que necessitam ser obedecidos para que seja validada a presença do estrangeiro em território brasileiro. utilizando o método de abordagem dedutivo e comparativo e o método procedimental de pesquisa é bibliográfico o estudo está organizado em tópicos específicos, fazendo uma breve explicação do conceito de refugiado, seguindo no contexto histórico dos refugiados e da legislação que rege seus direitos, abordando a Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997, com a utilização dos direitos humanos pós-Segunda Guerra e a forma como foram estabelecidos, até a dignidade da pessoa humana que rege os princípios do mundo moderno. O trabalho conclui que há proteção dos refugiados no ordenamento jurídico brasileiro; que as leis criadas servem como amparo e refúgio para que pessoas em condições críticas e que não possam mais viver em seu país tenham a chance de pedir refúgio ao Brasil. É um assunto polêmico, que garante a dignidade da pessoa humana mas, muitas vezes, vai de encontro ao interesse dos brasileiros. Porém, deve-se preservar a humanidade e seus princípios para que pessoas em situação difícil tenham condições de recomeçar.

Palavras-chave: Direito Internacional. Refugiados. Direitos humanos. Dignidade da pessoa humana.

¹ Graduando no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; bittencourt95renan@gmail.com

² Mestre em Relações Internacionais pela Universidade do Sul de Santa Catarina e em Direitos Fundamentais Cíveis pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Doutorando em Educação na Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; Professor no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; Advogado; roni.fabro@unoesc.edu.br

1 INTRODUÇÃO

O presente tema de pesquisa está inserido no Direito Internacional Público, tratando de modo específico sobre a liberdade da pessoa afetada pela perda de seus direitos fundamentais civis, uma vez que o direito de residir em sua terra natal ou demonstrar suas crenças não é possível, visto que grupos de extremas controlam regiões e países usando a força para impor seu poder, no intuito de unificar ideais religiosos e/ou políticas de extrema, não permitindo, dessa forma, que o outro tenha sua própria fé ou cultura.

A guerra é um ato de violência atualmente não admitido no Direito Internacional. Por se tratar de um ato complexo entre beligerantes, que não se subsume a simples manifestação hostil, o seu entendimento há de ser analisado considerando os princípios e normas que o Direito Internacional estabelece, principalmente no que diz respeito à relativização da soberania estatal, ou seja, a proibição jurídica sobre a guerra. Deve-se destacar que a guerra veio ser uma questão propriamente jurídica tão somente no século XX, quando o pacto da Liga das Nações estabeleceu a proibição dos conflitos armados entre aqueles que estão dentro desta organização, determinando aos Estados aceitar certas obrigações, não recorrendo à guerra como principal forma de resolver suas desavenças. No entanto, a guerra nunca deixou de existir, uma vez que os conflitos internos e guerras civis ainda persistem por todo o mundo. A guerra no âmbito mundial deixou de ser um medo constante, com o fim da guerra fria em 1991, e a conseqüente queda da União Soviética. Contudo, conflitos concentrados e regionais ainda ocorrem com certa frequência, como a guerra civil da Síria, e conflitos armados no continente africano, em que ditadores e separatistas travam constantes conflitos, acarretando a dispersão da população para outros países, com o fim de fugir da miséria, fome e perseguições (MAZZUOLI, 2015).

Assim, busca-se verificar se a garantia da ordem pública está assegurada, vez que o artigo 5^{o3} da Constituição Federal prevê a manutenção e segurança aos brasileiros e estrangeiros que aqui residem. Ademais, a Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997, define o mecanismo para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, em seu artigo 1^o,⁴ quando apresenta os requisitos para ser considerado refugiado no ordenamento jurídico brasileiro e ter seus direitos fundamentais civis assegurados.

2 QUEM PODE SER CONSIDERADO(A) REFUGIADO(A)?

Refugiado(a) é toda a pessoa que, em razão de fundados temores de perseguição devido à sua raça, religião, nacionalidade, associação a determinado grupo social ou opinião política, encontra-se fora de seu país de origem e que, por causa dos ditos temores, não pode ou não quer regressar em razão da grave e generalizada violação de direitos humanos, sendo obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outros países (JUBILUT, 2007, p. 35).

A forma como é feita a migração não é nova, muito ao contrário, é comum e contínua caminhando a passos largos, como parte de um processo de globalização que se tornou possível graças à evolução tecnológica da comunicação e dos meios de transporte. Em 1990, a população de migrantes do mundo já era mais de 80 milhões de pessoas, das quais 20 milhões eram refugiados (AVELINE, 2012).

³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL, 1988).

⁴ Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:
I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;
II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;
III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país. (BRASIL, 1997).

O refugiado busca a proteção por questões que não pode resolver sozinho, desta forma o refúgio serve como um recomeço para ele e seus familiares. No entanto, é necessária a iniciativa e a boa-fé de países mais desenvolvidos economicamente e socialmente, no qual seja assegurada a proteção a este grupo que é vulnerável em seu país natal.

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO

Entre os séculos XV e XIX, as Américas, África e partes da Ásia foram inundadas por correntes migratórias, que buscavam povoar essas regiões e conquistá-las.

Logo, iniciou-se um novo tipo de migração internacional, não voluntário, mas forçado: o tráfico de escravos. Os escravos eram trazidos principalmente da África, para trabalhar nas Américas. Com a abolição da escravatura na maior parte da América, no século XIX, iniciou-se outro tipo de migração, também relacionado ao trabalho, dessa vez voluntária. Grande parte desses trabalhadores era originária de regiões menos favorecidas da Europa. A migração de italianos e alemães para o Brasil foi comum nessa época, especialmente, para o Sul do país. Apesar do caráter contratual, as condições de trabalho eram muitas vezes análogas à escravidão. (MAZZUOLI, 2015)

Somente em 1982 é que o escritório da Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) passou a funcionar oficialmente no Brasil, com sede no Rio de Janeiro. Entretanto, em virtude da cláusula de reserva geográfica, era bastante limitada a possibilidade de acolhimento a refugiados latino-americanos ou procedentes de outras regiões que não a Europa, restando somente a possibilidade de trânsito, isto é, de possibilidade apenas de um breve período de permanência no Brasil, enquanto eram providenciados os trâmites para o seu acolhimento em outro país (JUBILUT, 2007, p. 77).

A competência para declaração de guerra é matéria constitucional, que pode variar de país para país. No caso brasileiro, a regra vem expressa no artigo 21,⁵ II da Constituição Federal de 1988, segundo o qual compete à União declarar guerra e celebrar a paz.

A regra é apresentada no artigo 84,⁶ XIX da Constituição de 1988, segundo o qual compete privativamente ao Presidente da República declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional.

O artigo 49,⁷ II, por sua vez, cuida da autorização congressional referida a que faz menção o artigo 84, XIX, dispondo competir exclusivamente ao Congresso Nacional autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar (MAZZUOLI, 2015).

2.1.1 Evolução do conceito de refugiado

Não se pode confundir a condição de refúgio com o instituto do asilo. Assim, para que isso não ocorra, foi necessária uma imposição jurídica do refúgio. Para tal fato, após a Segunda Guerra, podem-se citar como exemplos nomes históricos de refugiados que tiveram uma imensurável contribuição em sua área, como Marlene Dietrich, cantora e atriz, além do famoso e, quem sabe, o que teve papel mais importante na história dos refugiados, Albert

⁵ Art. 21. Compete à União:

II - Declarar a guerra e celebrar a paz; [...] (BRASIL, 1988).

⁶ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional; [...] (BRASIL, 1988).

⁷ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

II - autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar. (BRASIL, 1988).

Einstein, ambos perseguidos pelos nazistas (UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, 2019).

Dolinger (2012, p. 123) assegura:

O sofrimento inenarrável vivenciado por milhões de criaturas humanas que sobreviveram à grande catástrofe do século XX, a Segunda Guerra Mundial (que ceifou a vida de mais de quarenta milhões de pessoas), levou as Nações Unidas a elaborar a Convenção que regula a situação jurídica dos refugiados, aprovada pela Assembleia-Geral da ONU em 28 de julho de 1951, vigendo a partir de 21 de abril de 1954.

Por esse motivo, no ano de 1951, em Genebra, foi formalizada a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, instituída pela Conferência das Nações Unidas.

Raiol (2010, p. 99), sobre a convenção, reitera que:

Evidente que há muitas críticas ao texto da Convenção de 1951, mas, não se pode negar que se constituiu em norma internacional fundamental na proteção efetiva dos refugiados. Basta citar, por exemplo, que foi a Convenção quem definiu o termo refugiado e que, a partir dela, é utilizado e redimensionado para aplicação em situações que envolvam o reconhecimento desse status.

O documento formalizado em Genebra foi assinado por doze países, obrigando a comunidade internacional a proteger e dar segurança aos que necessitarem. Tendo uma forma de amparo nunca antes vista, valorizou o indivíduo e preservou a dignidade da pessoa humana. Todavia, havia alguns problemas, uma vez que estabelecia a condição de refúgio a pessoas da Europa e que se deslocavam pela Segunda Guerra Mundial, ou seja, 40 milhões que precisaram deixar seus lares (JUBILUT, 2007).

Apenas em 1967 surgiu, sob os poderes do ACNUR, o protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, que revogou situações previstas em 1951,

que limitavam a garantia de proteção, tendo maior alcance e uma definição muito mais ampla para refugiado, porém, ainda teve limitações, restringindo a condição apenas na forma civil e política, não prevendo os direitos econômicos, sociais e culturais (JUBILUT, 2007)

Por fim, foi organizado o Colóquio de Cartagena, formalizando a Declaração de Cartagena de 1984, prevendo uma visão maior e garantindo de maneira mais eficiente a proteção. Mesmo não tendo natureza jurídica de tratado internacional, a declaração produziu efeito, vez que inúmeros países da América Latina, inclusive o Brasil, inseriram em seu ordenamento jurídico as previsões impostas (ALMEIDA; RAMOS; RODRIGUES, 2011).

3 LEI N. 9.474, DE 22 DE JULHO DE 1997

Conforme o art. 1º, da Lei n. 9.474/1997, serão reconhecidos como refugiados aqueles que por motivos de perseguição racial, religioso, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas estiverem fora de seu país de nacionalidade e não puderem ou não quiserem se acolher à proteção de tal país.

Os efeitos da condição de refugiado estendem-se também aos cônjuges, ascendentes e descendentes, bem como aos demais membros do grupo familiar que dependam financeiramente. Porém, não se beneficiam das condições impostas aos refugiados aqueles que já desfrutaram de tal proteção ou assistência por parte de órgão ou instituição das Nações Unidas; aqueles que estão residentes em território nacional e tenham direitos e obrigações em relação à condição de nacionalidade brasileira; ou tenham cometido crime contra a paz, crimes de guerras, crimes contra a humanidade, crimes hediondos, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas. E, por fim, sejam culpados por atos contrários aos princípios das Nações Unidas. Tais situações ocorrem pela segurança nacional, para que não tenha prejuízo e desorganização social (BRASIL, 1997).

O estrangeiro que chegar ao território nacional poderá expressar sua vontade de solicitar conhecimento como refugiado para qualquer autoridade migratória que esteja na fronteira. Em nenhuma hipótese será o estrangeiro deportado para fronteira de território em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada. Deve-se ressaltar que o ingresso irregular no território nacional não constitui impedimento para o estrangeiro solicitar refúgio. Para isso, a autoridade competente verificará as circunstâncias da entrada do refugiado no Brasil, caso a condição for reconhecida, o procedimento será arquivado, desde que os fatos para o refugiado ingressar no Brasil sejam válidos e justifiquem o pedido (BRASIL, 1997).

3.1 CONARE – COMITÊ NACIONAL PARA OS REFUGIADOS

O art. 11⁸ da Lei n. 9.474/1997 cria o Comitê Nacional para os Refugiados, o Conare, órgão de deliberação coletiva, na esfera do Ministério da Justiça, cuja competência, junto com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, é de verificar o pedido e declarar o reconhecimento, sempre em primeira instância, da situação de quem pede refúgio. Estabelecer a cessação, em primeira instância, conforme o requerimento das autoridades competentes e, ainda, determinar a perda da condição de refugiado, caso necessário e apresentar as situações de que tal perda é justa. Por fim, cabe ao Ministro de Estado da Justiça a aprovação destes termos, em consonância com o Conare.

O Conare é constituído por um representante do Ministério da Justiça, que também é o presidente da instituição; um representante do Ministério das Relações Exteriores; um representante do Ministério do Trabalho; um Representante do Ministério da Saúde; um representante do Departamento de Polícia Federal; um representante de organização não governamental, o qual deve se dedicar a atividades de assistência e proteção de refugiados no

⁸ Art. 11. Fica criado o Comitê Nacional para os Refugiados – CONARE, órgão de deliberação coletiva, no âmbito do Ministério da Justiça. (BRASIL, 1997).

país. Sempre será convidado para as reuniões um Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). Mediante indicações, os membros do Conare serão indicados pelo Presidente da República e sua participação não implicará remuneração, sendo responsabilidade de quem vier a participar suas despesas (BRASIL, 1997).

3.2 PROCESSO DE REFÚGIO

É necessário apresentar à autoridade competente a vontade de reconhecer a condição de refugiado, tendo a função de notificar e solicitar para a declaração a data que marcará a abertura do procedimento do refugiado. Também apresentar a função de informar o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, sobre a existência do processo de solicitação de refúgio e faculta a esse a possibilidade de facilitar o andamento desse procedimento (BRASIL, 1997).

Quando recebida a solicitação de refúgio, será emitido protocolo em favor do solicitante e de seu grupo familiar pela Polícia Federal. Tal protocolo permitirá ao Ministério do Trabalho expedir carteira de trabalho provisória, para que possa exercer função remunerada no país.

Durante o tempo em que estiver pendente o processo relativo à solicitação, será aplicada a legislação sobre estrangeiros, respeitando e seguindo as situações especificadas nesta Lei (BRASIL, 1997).

A decisão pelo reconhecimento da condição de refugiado será ato declaratório e deverá estar devidamente fundamentada. Quando a decisão for proferida, o Conare notificará o solicitante e o Departamento de Polícia Federal, para proceder com as medidas administrativas cabíveis. Caso a decisão seja positiva, o refugiado será registrado junto ao Departamento de Polícia Federal, devendo assinar termo de responsabilidade e solicitar cédula de identidade pertinente (BRASIL, 1997).

Havendo decisão negativa para reconhecer a condição de refugiado, deverá ser efetuada notificação solicitando recurso ao Ministro do Estado da Justiça, no prazo de 15 dias. No entanto, deve-se ressaltar que durante o recurso analisado, é permitido àquele que solicitou refúgio e sua família permanecer no país. Após a decisão do Ministro do Estado e da Justiça, não será mais permitido novo recurso, devendo ser notificado o Conare, para o solicitante tomar conhecimento e o Departamento de Polícia Federal, para que sejam tomadas as devidas providências, sendo elas a volta ao país de origem caso não corra o risco eminente de vida, ou aguardar em território brasileiro o pedido de refúgio ser deferido por outro país (BRASIL, 1997).

O refugiado que estiver pedindo refúgio por motivos de segurança nacional ou ordem pública, não será expulso do território nacional. No entanto, quando houver a expulsão do refugiado, este não voltará ao país onde sua vida, liberdade ou integridade física possa estar em risco; apenas será efetivada quando tiver a certeza que algum país que não haja risco de perseguição o aceite com a condição de refugiado.

Será cessada a condição de refugiado aquele que o país voltar a garantir a proteção; conseguir por conta própria e voluntariamente recuperar a nacionalidade perdida; conseguir adquirir nova nacionalidade e ter a devida proteção do país no qual pediu refúgio; voltar e estabelecer voluntariamente morada em país que abandonou ou estiver fora daquele que estava por medo de perseguição; caso seja apatriado novamente e possa voltar a seu país no qual tinha sua residência habitual, desde que tenham deixado de existir as circunstâncias em consequências das quais foi reconhecido como refúgio (BRASIL, 1997).

Haverá a perda na condição de refugiado, quando manifestar a renúncia; quando for provada a falsidade nos fundamentos invocados para o reconhecimento da condição de refugiado ou a existência de fatos que, se fossem conhecidos antes, seria negado o pedido de refúgio; houver requisitos de atividade contrária à segurança nacional ou à ordem pública;

caso saia do território nacional sem solicitar prévia autorização ao Governo brasileiro. A repatriação de refugiado deve ter caráter voluntário do retorno, salvo nos casos em que não há possibilidade de recusar proteção do país que são nacionais, por não preencherem os requisitos das circunstâncias que determinaram o refúgio. Na condição atípica do refugiado e no exercício de seus direitos e deveres, será considerado quando houver necessidade de apresentar documentos emitidos por suas nações de origem, o reconhecimento de tal certificado e diploma será requisito para a obtenção na condição de residente e o ingresso em instituições acadêmicas de todos os níveis. Quando o assunto for o reassentamento em outros países deve ser sempre pelo caráter voluntário, quando se tratar de reassentamento no Brasil, será efetuado de forma planejada e com participação coordenada dos órgãos estatais e, quando possível, de organizações não estatais, no qual devem ser identificadas áreas de cooperação e determinação de responsabilidade (BRASIL, 1997).

O reconhecimento da condição de refugiado será gratuito e em caráter urgente, ou seja, não será oneroso em nenhum momento do procedimento.

A letra desta lei deverá ser interpretada junto com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, com o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 e com os dispositivos pertinentes de instrumento internacional de proteção de direitos humanos, com o qual o Governo brasileiro estiver comprometido (BRASIL, 1997).

4 O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O principal fator do Direito Internacional dos Direitos Humanos é proteger todos os indivíduos, qualquer que seja sua nacionalidade, independentemente do lugar onde se encontre. Segundo Santiváfiez (apud ROMANO, 2019), a expressão conota “a disciplina encarregada de estudar o conjunto de normas internacionais, convencionais ou consuetudinárias, onde

são estipulados o comportamento e os benefícios que as pessoas ou grupos de pessoas podem esperar ou exigir dos governos”, tendo por objeto de estudo:

[...] o conjunto de normas previstas pelas declarações, tratados ou convenções sobre direitos humanos adotados pela Comunidade Internacional em nível universal ou regional, aquelas normas internacionais que consagram os direitos humanos, que criam e regulam os sistemas supranacionais de promoção e proteção dos direitos humanos, assim como as que regulam os procedimentos possíveis de serem levados ante ditos organismos para o conhecimento e consideração das petições, denúncias e queixas pela violação dos direitos humanos.

A primeira premissa da qual se tem que partir ao estudar os direitos das pessoas é a de que tais direitos têm dupla proteção atualmente: uma proteção interna (afeta ao Direito Constitucional) e uma proteção internacional (objeto de estudo do Direito Internacional Público). À base normativa que disciplina e rege tal proteção internacional de direitos dá-se o nome de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Portanto, é necessário o estudo desse novo ramo do direito público, nascido após a Segunda Guerra Mundial, com o propósito de proteger os direitos de qualquer cidadão, independentemente de sua raça, cor, sexo, língua, religião, etc. (LAFER, 1991).

Pode-se dizer que o Direito Internacional dos Direitos Humanos é o direito do pós-guerra, nascido em decorrência dos horrores cometidos pelos nazistas durante o Holocausto (1939-1945). A partir desse momento histórico, cujo saldo maior foram 11 milhões de mortos (sendo 6 milhões de judeus) no decorrer desses anos, a sociedade internacional dos Estados viu-se obrigada a iniciar a construção de uma normatividade internacional eficaz, a fim de resguardar e proteger esses direitos, até então inexistente. O legado do Holocausto para a internacionalização dos direitos humanos, portanto, consistiu na preocupação que gerou na consciência coletiva mundial da falta que fazia uma arquitetura internacional de proteção desses direitos, com vistas

a impedir que atrocidades daquela monta jamais viessem a ocorrer novamente no planeta. Viram-se os Estados obrigados a construir toda uma normatividade internacional eficaz, em que o respeito aos direitos humanos encontrasse efetiva proteção. O tema, então, tornou-se preocupação de interesse comum dos Estados, bem como um dos principais objetivos da sociedade internacional. Desde esse momento é que o Direito Internacional dos Direitos Humanos começou a efetivamente solidificar-se (MAZZUOLI, 2015, p. 907).

A análise da temática dos refugiados na Constituição Federal de 1998 deve ser feita a partir de uma dupla perspectiva: deve-se analisar, de um lado, as suas disposições internas, ou seja, os princípios e regras nela contidos referentes à proteção dos refugiados e, de outro, as disposições que lhe são exteriores, mas que são reguladas por ela, as quais, no caso em questão, vêm expressas em tratados internacionais, ou seja, tem-se que entender como essas regras internacionais se coadunam com as regras constitucionais. A necessidade de aprovação e, conseqüentemente, de transposição de uma norma internacional para o ordenamento nacional ou a ausência dela, levou ao aparecimento de duas teorias sobre o relacionamento do direito interno com o Direito Internacional: a teoria monista e a teoria dualista (JUBILUT, 2007, p. 179).

A jurisprudência internacional tende, há muito tempo, a acatar esta segunda tese, como mostra o parecer da Corte Permanente de Justiça Internacional de 1930, citado por Accioly (apud JUBILUT, 2007, p. 184), que afirma que: “É princípio geralmente reconhecido do direito internacional que, nas relações entre potências contratantes de um tratado, as disposições de uma lei interna não podem prevalecer sobre as do tratado” ou, ainda, o parecer da Corte Internacional de Justiça, de 26 de abril de 1988, no caso da aplicabilidade da obrigação de arbitragem, em virtude da seção 21 do acordo de 26 de junho de 1947, relativa à sede da ONU, que determina: “O princípio fundamental em direito internacional dá proeminência deste direito sobre o direito interno.” (JUBILUT, 2007, p. 184). Já a doutrina dualista entende que a ordem interna e a ordem internacional constituem esferas distintas, independentes e separadas,

e que, portanto, não se inter-relacionam. A justificativa para a adoção desta tese é o fato de os direitos internos e internacionais terem sujeito (indivíduos e Estados), objetos (relações internas e relações internacionais) e origem (um Estado e a comunidade de Estados) distintos. Desta sorte, não haveria que se falar em prevalência de normas de uma esfera sobre normas da outra. Para o dualismo, o ingresso de uma norma internacional no ordenamento interno dos Estados demandaria um procedimento formal, denominado “recepção”. Em geral, a exigência de tal procedimento vem expressa na Constituição dos Estados e denota a adoção do já mencionado ideário da Revolução Francesa. A maioria dos doutrinadores, em tese que parece ser a mais adequada à realidade atual, entende que o Brasil aderiu à teoria dualista, tanto em decorrência de julgados do Supremo Tribunal Federal quanto pelas exigências expressas na Constituição (JUBILUT, 2007, p. 185).

4.1 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS

A mutabilidade é um fator marcante na questão de Direitos Humanos, sua renovação constante caracteriza sua mutabilidade, uma vez que sempre há novos assuntos a discutir e novas formas de integrar novos sujeitos e objetos, em seu contexto histórico e atual. Para o fato apresentado, nada mais lógico que afirmar que existem dimensões diferentes de direitos humanos, englobando todo esse assunto.

Tal teoria foi apresentada ao público em 1979, no Instituto Internacional de Direitos Humanos. Por meio de uma aula, Karel Vask apontou três gerações que regem os Direitos humanos, fazendo uma breve comparação com aqueles apresentados na Revolução Francesa (liberdade, fraternidade e igualdade).

O chamado Direito de liberdade está presente na primeira geração, no qual o poder do Estado se faz presente com a ideia de garantir a liberdade

do indivíduo, formando a base liberal, valendo ressaltar a influência que as revoluções na Europa e nos Estados Unidos tiveram na época (RAMOS, 2012).

Durante os anos que se sucederam, houve ainda mais influência referente às intensas lutas sociais. Esse fato fez com que o Estado repensasse sua atuação, sendo mais ativo em seu papel. A busca pela efetivação daquilo que já estava presente nas suas Cartas Magnas, como exemplo, a saúde e educação, porém não chegava às classes mais humildes da sociedade. Assim, a segunda geração de Direitos Humanos substituiu o individualismo presente na primeira geração, ocorrendo a busca pelo Estado em executar os direitos do bem-estar social (LAFER, 1991, p. 127).

O direito presente da terceira dimensão é o direito de solidariedade, sendo destinado à comunidade. Entre tais princípios está o direito à paz, à autodeterminação e ao meio ambiente. É fruto de debates realizados em universidades e congressos, mostrando ao mundo a relação entre o planeta e o ser humano, no intuito de buscar soluções e formas de proteger o planeta como um todo, de seus conflitos e da corrida por seus recursos (RAMOS, 2012).

Também há novas dimensões que são diferentes destas três citadas, que se atêm à defesa dos direitos do homem no mundo globalizado, onde a informação se propaga em instantes, sendo mais participativas na efetivação da democracia (BONAVIDES, 2012).

4.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Conforme houve a evolução do ser humano ao longo dos milênios, a dignidade da pessoa humana também vem evoluindo. A religião foi uma das primeiras instituições a valorar a dignidade da pessoa humana, considerando-a um bem com maior valor e que necessita de proteção a todo o momento. Por transcender o valor material, a dignidade é direito de cada homem, sendo um valor imensurável, não podendo ser valorado por qualquer característica. Sendo concepções divididas com todos os seres humanos, é uma forma de

proximidade para superar barreiras, estabelecendo inúmeros direitos que necessitam estar presentes na vida de qualquer um (MACHADO, 2010).

Sendo assim, é necessária a transformação das ações individuais que estão presentes no cotidiano de cada pessoa em um bem maior ao próximo, algo que esteja ligado à solidariedade. Dessa forma, pode-se superar a desigualdade e fortalecer o bem comum.

5 PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS NO BRASIL EM NÚMEROS

A análise dos números de refugiados nos últimos anos mostra, como já é fato de conhecimento de todos, que o mundo está passando por uma crise humanitária jamais vista. A proporção do número de refugiados em 2013, em comparação com os da Segunda Guerra Mundial, foi maior, chegando a um total de 51,2 milhões de habitantes refugiados. Em 2014, esse número era de 59,5 milhões de pessoas, que continuou a crescer em 2015, chegando até a 65,3 milhões de pessoas que precisaram deixar seus lares por inúmeros motivos. A maioria dos refugiados é de países, como Afeganistão, Somália e, acima de tudo, Síria, local que encara problemas sociais e militares desde o início de 2011. O relatório apresentado pela ACNUR em 30 de setembro de 2015, verifica a quantidade de 4.795.648 milhões de refugiados sírios (AMARAL; MESQUITA, 2015, p. 167):

No quinto ano do conflito, a crise síria conta com mais de 4 milhões de refugiados, sendo que a maioria se encontra nos países vizinhos. A Turquia abriga 1,938 milhão, seguida pelo Líbano com 1,113 milhão de refugiados sírios e pela Jordânia com 630 mil. Iraque e Egito abrigam 250 mil e 132 mil, respectivamente. Quando considerado os deslocados internos, esse número é quase três vezes maior. Para a maioria dos refugiados sírios, deixar o país é o último recurso. Nos países vizinhos, a maioria desses refugiados vive fora dos campos formais e os recursos de muitos começam a esgotar-se após algum tempo, deixando essas famílias em estado de vulnerabilidade e levando, na Jordânia e no Líbano, algumas famílias a mendigar.

No Brasil, como na maioria dos países ocidentais, o número de refugiados vem aumentando todos os anos. Exemplo disso é que em 2010 houve 966 pedidos de asilo; em 2011 foi de 3.220; em 2012 de 4.022; em 2013 de 16.631; em 2014 de 28.385; e, em 2015, de 28.670, com um aumento de 2.868%, com percentual elevado especialmente pelo motivo do deslocamento de pessoas provenientes do Haiti, uma vez que houve um grande desastre ambiental em 2010. Na situação apresentada, as solicitações de asilo são enviadas ao Conselho Nacional de Imigração (CNIg), por conta que aqueles que foram deslocados por desastres ambientais não estão sob a proteção do refúgio, passando a ganhar um visto humanitário, diferenciando daqueles vindos do instituto do refúgio (BRASIL, 2016, p. 170).

O aumento nas estatísticas ocorre pelo aumento do número dos refugiados. Outra comparação conforme o parágrafo acima é o número de refugiados no Brasil a partir de 2010, que era de 3.904 e, em 2016, esse número chegou a 8.863 estrangeiros que receberam proteção no território brasileiro, um aumento de 127% entre os períodos mencionados. A nacionalidade síria está em primeiro lugar no *ranking* das que pedem refúgio, abrangendo um total de 2.298 pessoas, seguido por Angola, Colômbia e República Democrática do Congo, a idade dominante é de 19 a 29 anos, sendo 42,6% dos refugiados que vêm com essa idade e 71,8% sendo homens (BRASIL, 2016, p. 170).

5.1 MEDIDAS ADOTADAS NOS ÚLTIMOS ANOS PARA PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS NO BRASIL

O programa de concessão de vistos humanitários para cidadãos haitianos não está previsto nas condições de sujeitos protegidos pelo Instituto do Refúgio, porém o governo brasileiro, agindo de forma humanitária e em conformidade com a Constituição Federal, optou em conceder tais vistos, visto

que achou necessário, sendo a Resolução Normativa n. 97, de 12 de janeiro de 2012, do CNIg, que prevê tais condições.

Como forma de amenizar o sofrimento de determinados povos, como a crise humanitária na Síria, o Brasil também se demonstrou interessado a desburocratizar o processo de concessão de refúgio. Em 24 de setembro de 2013, o Conare publicou a Resolução Normativa n. 17, permitindo a concessão de vistos humanitários para aqueles provenientes da Síria. Essa medida pode ser considerada pioneira no meio de concessões de refúgios no ordenamento jurídico brasileiro e nas disposições internacionais, assim facilitando o processo, uma vez que na maioria dos países, o pedido de refúgio somente pode ser feito já estando no território do país que está buscando a proteção (GODOY, 2014):

Em 24 de setembro de 2013, o CONARE publicou a resolução normativa nº 17, na qual, após considerar os laços históricos que unem Brasil e Síria e a crise humanitária em decorrência do conflito que gerou grande número de refugiados e, em especial “Considerando as dificuldades que têm sido registradas por parte desses indivíduos em conseguirem se deslocar ao território brasileiro para nele solicitar refúgio”, autoriza a concessão de vistos humanitários para aqueles que queiram buscar refúgio no Brasil (Artigo 1º). Para essa resolução, segundo o Artigo 3º, estabeleceu-se o prazo de vigência de dois anos prorrogáveis, sendo que ela entrou em vigor na data de sua publicação.

A desburocratização feita na concessão de vistos humanitários é para facilitar a sua emissão, sendo assim dispensável a apresentação de determinados documentos, com a necessidade de apenas provar a nacionalidade e documentos básicos que possam ser utilizados como identificação. Em 2014, o Conare fez a emissão de mais uma Resolução Normativa, a de número 18. Tal resolução também serviu para agilizar o processo de proteção, sendo a Polícia Federal o órgão que deve emitir imediatamente, depois de ter em mãos

o termo de solicitação de refúgio, sendo seus documentos de identificação dentro do país feitos de maneira gratuita (BRASIL, 2015).

Essa Resolução teve fundamental importância, uma vez que dados analisados da Divisão das Nações Unidas expressam que a partir de agosto de 2014, 4.189 vistos humanitários tiveram sua emissão feita pelas embaixadas brasileiras em mais de 18 países, protegendo cerca de 50% dos sírios que vieram ao país. Por conta do grande sucesso e da facilitação feita por esta Resolução, o Conare, em 21 de setembro de 2015, prorrogou essa medida por mais dois anos, com base na Resolução Normativa n. 20 (GODOY, 2014).

Por tais razões, em março de 2015, o Ministério Público Federal de São Paulo, junto à Defensoria Pública da União, entrou com uma Ação Civil Pública visando otimizar o tempo do processo de emissão da Carteira de Trabalho e Previdência Social, com prazo entre 3 e 15 dias. A demora em emitir esses documentos era a principal reclamação daqueles que buscavam regularizar sua situação no país, pois demorava de 45 a 60 dias, visto que tinha uma política de centralização, cabendo apenas às Superintendências Regionais do Ministério do Trabalho e Emprego. Para que tal procedimento ocorresse de maneira mais rápida, o Conare fez parceria com o Ministério do Trabalho e Previdência Social para passar a outros entes da federação a permissão de emitir carteira de trabalho, conforme a Portaria n. 699, de 28 de maio de 2015, no seu artigo 1º.⁹

No mesmo ano de 2015, a ex-presidente, Dilma Rousseff, por meio de Medida Provisória, fez a liberação de R\$ 15 milhões para o Ministério da Justiça, tendo como principal função prestar auxílio e assistência aos refugiados e àqueles que solicitaram o refúgio. Tal auxílio ocorria pela parceria entre estados e municípios. A liberação dessa verba permitiu a constituição da rede pública

⁹ Art. 1º Alterar o §3º, do art. 1º, da Portaria nº 369, de 13 de março de 2013, para autorizar os órgãos da administração pública direta e indireta, no âmbito federal, estadual, distrital e municipal a prestarem o atendimento de solicitação de Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) ao estrangeiro, bem como a entrega do respectivo documento. (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2015).

em atender os refugiados de forma mais qualificada e fazer as instalações do Centro de Referência e Atendimento a Imigrantes e Refugiados (CRAIs). Esse órgão é um centro de acolhimento e atendimento, sendo nele oferecido apoio jurídico, social e psicológico, também apresentando cursos técnicos e oficinas para a qualificação profissional, melhorando, desse modo, suas chances de entrar no mercado de trabalho de maneira mais competitiva (BRASIL, 2016b).

Hoje, o país na América Latina com mais refugiados é o Equador, que abriga cerca de 56 mil estrangeiros, formados por aproximadamente 98% de colombianos. Nesse cenário, o Ministério da Justiça, em conformidade com o ACNUR, elaborou um projeto de Mobilidade Regional e Inserção Econômica de Refugiados, método para aumentar a integração local, colocando definitivamente os refugiados no mercado de trabalho. Para isto, o Paraná foi escolhido dentre os estados, para ser o pioneiro em tal projeto, tendo recebido 200 refugiados até o ano de 2016. Deve-se ressaltar a preocupação e a importância que o Paraná dá àqueles que tem condição de refugiado, sendo um dos principais estados brasileiros que garante os direitos humanos e trabalhistas, uma vez que implantou o Comitê Estadual para Refugiados e Migrantes (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS, 2014).

Por fim, vale ressaltar a lei sancionada na cidade de São Paulo, a Lei n. 16.478, de 8 de julho de 2016, que delegou a Política Municipal para a População Migrante. Tal texto legal é fundamental àqueles que vivem em condições de refúgio no município paulista, garantindo a estes o acesso aos serviços públicos, proteção contra atos xenofóbicos e isonomia na relação com os brasileiros. Dessa forma, coube à cidade de São Paulo a primeira no Brasil a efetivar uma política de proteção própria às imigrações.

6 FUTURO DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL AO REFUGIADO

Como apresentado no presente trabalho, foi logo após a Segunda Guerra Mundial que o Direito Internacional dos Refugiados surgiu, tendo como objetivo proteger o indivíduo perseguido, seja por motivos de raça, nacionalidade, seja política ou religião.

É necessário, desse modo, visar novas formas de se adequar e formular estratégias que, por um lado visam fortalecer a proteção jurídica daqueles que estão sob a condição de refugiado, sendo a sua real efetivação o seu grande desafio e, por outro, aumentar o leque de pessoas que precisam ser protegidas dentro do Direito Internacional dos Refugiados, visando mudar a definição imposta pela ACNUR a respeito da definição de refúgio.

A Convention Plus é uma das melhorias iniciadas pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, que tem como função atingir, de forma mundial, a proteção aos refugiados e, dessa forma, solucionar os problemas de forma facilitada, tendo como base os acordos especiais multilaterais (ALMEIDA; RAMOS; RODRIGUES, 2011).

7 CONCLUSÃO

O presente estudo conclui que há proteção dos refugiados no ordenamento jurídico brasileiro, no qual leis criadas servem como amparo para que pessoas em condições críticas e que não possam mais viver em seu país consigam pedir refúgio ao Brasil.

A Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997, ao longo de seus 49 artigos prevê a proteção e as condições para que seja reconhecida a condição de refugiado. Não se atém apenas à condição daquele que pede o refúgio, mas também de sua família e daqueles que dependem financeiramente. No entanto, há condições que não permitem a admissão de tal pedido, como aqueles que cometeram crimes contra a paz, crimes de guerra, crimes contra

a humanidade, crimes hediondos, tenham participado de atos terroristas ou tráfico de drogas. Essas condições são impostas a fim de que seja mantida a ordem pública e a segurança nacional fique resguardada.

A partir do momento em que o estrangeiro chegar ao território nacional, expressará sua vontade e nunca será deportado para fronteira em que sua vida ou liberdade não seja garantida, garantindo o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual garante a liberdade de todos perante a lei, sendo esta lei, prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

A Lei n. 9.474, em seu art. 11, cria o Comitê Nacional para os Refugiados, o Conare, para desburocratizar e facilitar a aprovação do pedido de refúgio sempre em primeira instância, otimizando o processo e garantindo de forma mais rápida a segurança daquele que faz a solicitação de refúgio.

Os direitos humanos também trazem, de certa forma, garantias às nações que aceitarem refugiados, não sendo diferente para o Brasil, uma vez que o princípio mais importante dos Direitos Humanos é a proteção de todos os indivíduos, qualquer que seja sua nacionalidade ou lugar onde se encontra. Atualmente, há duas premissas para essa proteção: a proteção interna, prevista pela Constituição Federal de 1988 e as leis sancionadas posteriormente, bem como uma proteção internacional, que é regida pelo Direito Internacional Público, no qual sempre há evolução nesse ramo do Direito, que teve sua origem após a Segunda Guerra, com a intenção de proteger todos os indivíduos, sem nenhuma forma de discriminação.

Os números do crescimento de refugiados no mundo mostram a crise humanitária que o planeta está passando, uma vez que os conflitos armados e as desavenças políticas e religiosas fazem com que regiões isoladas afetem todo o globo.

No Brasil, o número também aumenta, mas o grande aumento se deve ao deslocamento de pessoas vindas do Haiti, país na América Central que teve um gigante desastre natural em 2010. Porém, aqueles que pedem o refúgio por conta de desastres naturais não entram no âmbito da proteção aos

refugiados, estes ganham visto humanitário, que se difere daquele vindo do instituto do refúgio.

Dessa forma, ressaltam-se as Resoluções Normativas que efetivaram os pedidos de refúgio e otimizaram o tempo para que documentos essenciais ao trabalho e profissionalização do refugiado fossem entregues mais rapidamente. Assim, permitiram vistos humanitários também àqueles que vêm da Síria, facilitando muito o processo e demonstrando a garantia e proteção do ordenamento jurídico brasileiro com os refugiados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, G. A. de; RAMOS, A. de C.; RODRIGUES, G. (org.). *60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro*. São Paulo: CL-A Cultural, 2011. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2011/60_anos_de_ACNUR - Perspectivas_de_futuro](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2011/60_anos_de_ACNUR_-_Perspectivas_de_futuro). Acesso em: 10 jun. 2019.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. Paraná vai inserir refugiados colombianos no mercado de trabalho. 2014. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2014/11/24/parana-vai-inserir-refugiados-colombianos-no-mercado-de-trabalho/>. Acesso em: 10 jun. 2019.

AMARAL, A. P. M.; MESQUITA, A. C. Política Migratória Brasileira: os refugiados sírios. In: SEMINÁRIO DA CÁTEDRA SÉRGIO VIEIRA DE MELLO, 6., 2015, Mato Grosso do Sul. *Anais [...]*. Mato Grosso do Sul: Universidade Federal da Grande Dourados, 2015.

AVELINE, R. S. O novo Estatuto do Estrangeiro (Projeto de Lei 5.655/2009) em abordagem comparativa e sociológica. *Revista Atitude – Construindo Oportunidades*, Porto Alegre, ano 6, jan./jun. 2012.

BARRETO, I. C. *A convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4. ed. Coimbra, Portugal: Ed. Coimbra, 2010.

BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 maio 2019.

BRASIL. Justiça e Segurança Pública. *Brasil tem quase 9 mil refugiados de 79 nacionalidades*. 2016a. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/brasil-tem-quase-9-milrefugiados-de-79-nacionalidades-1>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. Justiça e Segurança Pública. *Conare renova medida que facilita emissão de vistos a pessoas afetadas pelo conflito na Síria*. 2015. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/conare-renova-medida-que-facilita-emissao-de-vistos-a-pessoas-afetadas-pelo-conflito-na-siria>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. Justiça e Segurança Pública. *Sistema de Refúgio Brasileiro: desafios e perspectivas*. 2016b. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/Estatisticas/Sistema_de_Refugio_brasileiro_-_Refugio_em_numeros_-_05_05_2016.pdf. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 jul. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm. Acesso em: 10 jun. 2019.

DOLINGER, J. *Direito Internacional Privado: Parte Geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GODOY, G. G. de. A crise humanitária na Síria e seu impacto sobre o Brasil. *Caderno de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania*, Brasília, DF: Instituto Migrações e Direitos Humanos, 2014.

JUBILUT, L. L. *O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.

LAFER, C. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

MACHADO, C. A. A. A fraternidade como categoria constitucional. In: SOUZA, C. A. M. de; CAVALCANTI, T. N. (coord.). *Princípios Humanistas Constitucionais: reflexões sobre o humanismo do século XXI*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

MAZZUOLI, V. Curso de Direito Internacional Público. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Portaria n. 699, de 28 de maio de 2015. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 29 maio 2015.

RAIOL, I. P. C. *Ultrapassando fronteiras: a proteção jurídica dos refugiados ambientais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

RAMOS, A. C. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROMANO, R. T. Um decreto que visa desconstruir o combate à tortura. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 24, n. 5831, 19 jun. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74778>. Acesso em: 1 out. 2019.

RUIZ, J. Á. *Metodologia Científica: guia para eficiência nos estudos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *Prominent refugees: refugees who have made a difference*. Disponível em: <https://www.unhcr.org/ceu/en/about-us/unhcr-people/prominent-refugees.html?start=6>. Acesso em: 10 mar. 2019.

TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES NO BRASIL: PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E EDUCAÇÃO AMBIENTAL

Rafaella Zanardo¹

Ricardo Marcelo de Menezes²

Resumo: O presente trabalho teve por objetivo estudar o cenário brasileiro em relação ao tráfico de animais silvestres, um problema ambiental preocupante, que contribui a cada ano para extinção de espécies da fauna brasileira. Em relação ao tema, buscou-se verificar as principais medidas para combater tal ato ilícito, dentre elas a promoção de políticas públicas voltadas a Educação Ambiental (EA), promovidos pelo Ibama, como órgão integrante do Sistema Nacional de Meio Ambiente (Sisnama), na gestão ambiental pública, primando pela construção de uma base social sustentável, voltada à proteção e conservação da fauna brasileira. No presente trabalho utiliza-se do método dedutivo de abordagem, partindo da análise generalizada de uma questão particularizada, utilizando-se de pesquisas bibliográficas e documentais a respeito do tema abordado. Os resultados demonstram que já existem políticas públicas ligadas a proteção ambiental por meio da difusão da educação social, além de políticas educacionais voltadas especificamente para o combate ao tráfico de animais silvestres no Brasil, porém muitas destas não atingem os resultados esperados por carência na sua implementação. Desta forma, conclui-se que a possível solução para a problemática apresentada, está amparada na promoção de projetos e campanhas educativas, ligadas diretamente ao tráfico de animais silvestres, por meio da realização de investimentos em pesquisas aprofundadas sobre o tema, assim como investimentos para reforçar a fiscalização e punição da prática ilícita, comprovando a necessidade da atuação entre o Poder Público e a coletividade, de forma conjunta em prol da proteção da fauna brasileira,

¹ Graduanda no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; rafaellazanardo@hotmail.com

² Professor no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; ricardo.menezes@unoesc.edu.br

para que de fato as políticas públicas ambientais surtam os efeitos esperados e combatam efetivamente o tráfico de animais silvestres.

Palavras-chave: Tráfico de animais silvestres. Políticas públicas. Educação ambiental.

1 INTRODUÇÃO

Durante décadas o homem usufruiu dos recursos naturais de maneira irracional, motivado pelo pensamento antropocêntrico, não possuindo qualquer preocupação relacionada a preservação do meio ambiente. Hoje, os resultados provenientes desse pensamento refletem diretamente na extinção das espécies de animais, associada muitas vezes, a prática ilícita do tráfico de animais silvestres. Desta forma, mostra-se necessária a atuação conjunta entre o Estado, ligado a promoção de políticas públicas educacionais que tratem de forma específica sobre o combate ao tráfico de animais silvestres, e a sociedade, para que de fato ocorra a proteção da fauna brasileira.

A proteção ambiental teve maior impulso com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que passou a garantir em seu artigo 225 o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Após sua promulgação, outras normas ligadas a proteção ambiental, foram instituídas, como a Lei n. 9.605/98, que trata sobre as sanções penais e administrativas relacionadas a condutas lesivas ao meio ambiente, possuindo um capítulo exclusivo sobre crimes cometidos contra a fauna brasileira. Porém, mesmo existindo meios de proteção jurídica ambiental, o tráfico de animais silvestres ainda é visto como uma atividade lucrativa pelos traficantes.

Desta forma, o desenvolvimento de políticas públicas ligadas a educação ambiental em prol do combate ao tráfico de animais silvestres, mostra-se como uma possível solução a erradicação da prática ilegal. Atualmente, existem campanhas e projetos relacionados ao ensino ambiental, como a Educação Ambiental (EA), ligada à atuação do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), órgão integrante

do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama), que buscam promover, a conscientização pública para a preservação do meio ambiente em todos os níveis de ensino.

A doutrina aponta aspectos positivos relacionados a investimentos e promoção de projetos educativos, principalmente após a promulgação da Lei Federal n. 9.795/99, que instituiu a Política Nacional de Educação Ambiental, demonstrando a importância na extensão da educação socioambiental no Brasil. Desta forma, o presente artigo propõe-se a analisar a promoção de políticas públicas relacionadas a educação ambiental, em prol da proteção da fauna brasileira, contra o tráfico de animais silvestres, por meio da construção de uma base racional e ecológica na sociedade.

Para tanto, a metodologia utilizada partiu do método dedutivo de abordagem, mediante a realização de pesquisas bibliográficas e documentais, sendo o trabalho dividido em três partes: a primeira parte, trata do estudo sobre o tráfico de animais silvestres, referente a análise geral sobre a atuação da prática ilícita no Brasil, e os crimes praticados contra a fauna; a segunda parte, trata sobre o estudo da educação e o seu papel na conscientização contra o tráfico de animais; e, por fim, a partir da análise do tema, verifica-se a aplicabilidade das políticas públicas, voltadas ao tráfico de animais silvestres, em prol da proteção das espécies da fauna brasileira.

2 ANÁLISE GERAL SOBRE O TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES NO BRASIL

O presente capítulo busca examinar a prática ilícita ligada ao tráfico de animais silvestres no Brasil, a partir do estudo geral do tráfico e suas consequências, bem como os crimes cometidos contra a fauna brasileira.

2.1 O TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES

O tráfico de animais silvestres, atualmente, movimentava o terceiro maior mercado ilegal do mundo, perdendo apenas para o tráfico de drogas e armas. Por ser uma prática altamente lucrativa, sua atuação progride a cada ano, apresentando números significativos e preocupantes, que atingem valores de aproximadamente 50 milhões a 10 bilhões de dólares anuais (WEBB, 2001). Desta forma, demonstra-se pertinente a preocupação em erradicar o crime de tráfico de animais, uma vez que a sociedade, em sua maioria não possui um raciocínio ambiental, voltado a preocupação em relação à escassez de recursos naturais, prejudicando a garantia constitucional ao ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações.

Desde a antiguidade o homem manteve contato com os animais, e ao longo do tempo, passou a domesticá-los. A fascinação pela fauna, demonstrou-se cada vez mais intensa, ao ponto de o mesmo passar a explorá-los, mediante sua captura e comercialização. No Brasil, o comércio ilegal de animais silvestres iniciou com a vinda dos colonizadores, na era das Grandes Navegações. Os animais, eram vendidos a preços elevados e por serem raros se tornaram muito cobiçados, comprometendo drasticamente toda a fauna brasileira. Da mesma forma, a população indígena nativa, antes mesmo da chegada dos Europeus, já domesticava e convivia com os animais silvestres, o que facilitava a sua captura e venda. Com o passar dos anos, tornou-se um hábito da sociedade brasileira, manter animais silvestres como animais domesticáveis, formando uma cultura antropocêntrica, que ignora a intensidade do problema, relacionado a essa prática (RENCTAS, 2003, p. 3).

A admiração pela fauna brasileira é comprovada mediante os inúmeros relatos e estudos realizados por exploradores europeus, que descreviam muitos dos animais como sendo seres jamais vistos pelo homem. O interesse pela fauna era tanta, que passavam a estudar minuciosamente cada espécie descoberta, desde as características até seus hábitos alimentares.

O resultado desses estudos e o conhecimento sobre os animais despertaram o interesse em possui-los como se objetos fossem (RIBEIRO, 2006 p. 59-81).

O rápido crescimento populacional ao longo dos anos gerou a necessidade de criar meios de produção em massa, resultando na construção de um pensamento econômico onde os recursos naturais passaram a ser utilizados de forma ilimitada, com a finalidade de obtenção de lucro. Os animais silvestres, também foram atingidos por esse pensamento, pois em pleno século XXI, são capturados e comercializados ilegalmente, como se a riqueza faunística representasse um recurso farto e inesgotável.

Neste sentido, a proteção da fauna silvestre vem merecendo maiores cuidados, uma vez que se encontra severamente ameaçada, resultado das devastadoras atividades humanas. Segundo Milaré (2015, p. 193), o conceito de Fauna está atrelado ao conjunto de animais que vivem em um determinado ecossistema, ambiente ou período geológico, ou seja, é o conjunto de animais que vivem ou viveram no Planeta Terra.

O tráfico de animais silvestres tornou-se lucrativo, e por essa razão, a grande maioria dos traficantes passaram a atuar com o crime organizado, burlando as fiscalizações existentes. Tal ato ilícito pode ser separado estrategicamente em cadeias. A primeira cadeia é formada pelos coletores, sendo aqueles que se responsabilizam pela captura e apreensão dos animais na natureza, atuando principalmente nas regiões entre Norte, Centro-Oeste e Nordeste. Os traficantes secundários, são aqueles que realizam o comércio nos grandes mercados atacadistas do país, principalmente em centros urbanos, como nas cidades do Rio de Janeiro e São Paulo. Já a região Sul, serve como um corredor para os traficantes levarem a mercadoria viva ao seu destino final: a região Sudeste. Dessa forma, o processo atinge seu estágio final, com os chamados “promotores” do tráfico, relacionados aos criadores particulares, apreciadores de carnes exóticas, colecionadores e pesquisadores (RENTAS, 2003, p. 17-19).

O Brasil é um dos países que possuem a maior biodiversidade do mundo, sendo dividido em seis biomas: Amazônia, Cerrado, Caatinga, Mata Atlântica, Pantanal e Pampa. Contemplando um total de aproximadamente 10%, de todas as espécies existentes na Planeta Terra. Dentre essas espécies, um número significativo encontra-se na lista de espécies ameaçadas de extinção, segundo a Lista Nacional de Espécies ameaçadas de Extinção, avaliada pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), sendo que no período entre 2010 e 2014, fora listada um total de 1.173 espécies de animais ameaçados de desaparecerem do planeta, segundo as Portarias MMA n. 444/2014 e n. 445/2014³ (alteradas pelas Portarias MMA n. 98/2015 e MMA n. 163/2015) (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, [20--?]a).

A fascinação pela vasta variedade de animais no território brasileiro, despertou a maior procura por sua obtenção. A prática do tráfico é dividida conforme sua demanda, e correspondem a três modalidades do comércio ilegal: animais para colecionadores particulares e zoológicos – sendo a modalidade que mais acarreta extinção das espécies, pois priorizam a comercialização das espécies mais ameaçadas; animais para fins científicos (biopirataria) – que resulta na captura de animais que fornecem substâncias químicas, servindo como produção e pesquisa para a elaboração de novos medicamentos; e o comércio de animais para pet shop – sendo a modalidade que incentiva consideravelmente o tráfico de animais silvestres, resultado da grande procura, principalmente das espécies brasileiras (GIOVANNI, 2002).

O tráfico não abastece somente o mercado interno brasileiro, grande parte dos animais apreendidos nas fiscalizações possuem como destino países estrangeiros. Segundo a Organização não-governamental RENCTAS (2003, p. 21-22), uma grande demanda do tráfico de animais silvestres é direcionada para o exterior, pois, muitas espécies são endêmicas do Brasil, não sendo encontradas em nenhum outro local do mundo, apresentando significativo

³ Segundo o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade ([20--?]a), as Portarias MMA n. 444/2014 e n. 445/2014 foram alteradas pelas Portarias MMA n. 98/2015 e n. 163/2015.

interesse pelos colecionadores estrangeiros. Essa prática requer ainda mais cuidados e organização estratégica. As principais rotas internacionais do ponto de partida dos animais silvestres estão localizadas nos aeroportos de Manaus, AM, Belém, PA, Rio de Janeiro, RJ, São Paulo, SP, entre muitos outros, com destinos finais variados, representando maior procura pelos compradores americanos, holandeses, alemães e chineses.

Mediante a crítica situação populacional a qual se encontra a fauna brasileira e a escassez dos recursos naturais, o homem deve repensar sobre a prática deletéria de capturar e comercializa-los, deixando de lado a visão de que os animais são simples mercadorias, provenientes de lucro fácil e fonte de renda, passando a respeitar a fauna silvestre e proteger seu habitat natural.

2.2 CRIMES CONTRA A FAUNA

Por muitos anos a caça e o comércio de animais silvestres foi permitida no território brasileiro, inexistindo qualquer legislação ligada a proteção animal. A primeira norma a tratar sobre a fauna foi criada em 1967, pela Lei n. 5.197, porém, somente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a proteção dos animais silvestres passou a apresentar maior efetividade.

Nesse sentido, o artigo 225 da Constituição Federal de 1988, dispõe:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

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

[...]

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (BRASIL, 1998).

Além da Constituição Federal, muitas outras normas foram criadas, com a finalidade de ampliar a proteção da fauna brasileira. Uma delas, relacionada ao advento da Lei nº 9.605 de 12.02.1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente (BRASIL, 1998).

Neste contexto, o artigo 29 da Lei n. 9.605/98, pune com detenção de seis meses a um ano, e multa, aquele que matar, caçar e utilizar animais da fauna silvestre, sem possuir a autorização das autoridades competentes. Segundo o parágrafo primeiro, incorrem nas mesmas penas quem, de alguma forma impede a procriação da fauna, modifica e destrói ninhos, abrigos ou locais de criadouro de animais silvestres (BRASIL, 1998).

O inciso III, do §1º, trata especificamente do comércio ilegal da fauna silvestre, por meio de criadouros ilegais, que não possuem licença para atuar na venda e comércio das espécies nativas. Anteriormente a Lei n. 5.197/67, previa em seu artigo 3º uma pena superior, relacionada a essa prática, sancionando-a com reclusão de dois a cinco anos. Porém, o novo dispositivo legal, regulou maior abrangência de núcleos do tipo penal, (vender, expor à venda, exportar, ter em cativeiro, adquirir, utilizar ou transportar), com o objetivo geral, de evitar a carência de punições relacionadas ao tráfico (FREITAS; FREITAS, 2006, p. 55).

A Lei n. 9.605/98, modificou em alguns pontos específicos o tratamento penal dos crimes praticados contra a fauna silvestre, em relação à primeira legislação criada (Lei de Proteção à Fauna), primando pela aproximação da norma à realidade brasileira. Com a finalidade de aumentar a punição, mediante meios que facilitam o crime contra os animais silvestres, o parágrafo 4º, da Lei n. 9.605/98, passou a ser composto por seis incisos. O inciso I, protege as espécies raras, dificilmente encontradas na natureza e que correm risco ou não, de desaparecerem. O inciso II, refere-se à caça dos animais, durante período proibido, evitando assim a redução drástica das espécies mais procuradas pelos caçadores e colecionadores de animais. A

prática do inciso III, assegura também causa de aumento de pena, pelo fato da fiscalização tornar-se mais dificultosa durante o período da noite. O inciso IV, trata do abuso das licenças. Já o inciso V, indica a punição em relação a atos praticados dentro das unidades de conservação, pois, estas são criadas justamente com a finalidade de preservar os animais e protegê-los da ação humana. Por fim, o inciso VI, sanciona os métodos que causam a destruição em massa das espécies (BRASIL, 1998).

A Lei n. 9.605/98, em seu artigo 30, trata sobre a exportação de peles e couros, de anfíbios e répteis, sem autorização da autoridade competente, com pena de reclusão de um a três anos, e multa. A venda de couro e peles de animais silvestres movimentam grande parte mercado ilegal, uma vez que são utilizados na fabricação de inúmeros utensílios, como, por exemplo vestuários, bolsas e calçados. Do mesmo modo, o artigo 31, pune a introdução de animais exóticos no país, pois, uma vez adaptados no habitat brasileiro, podem gerar grandes devastações das espécies nativas, principalmente pela transmissão de doenças. Assim, torna-se essencial, a fiscalização tanto da saída de espécies, quanto a entrada de animais exóticos no país, primando pelo controle da fauna local (BRASIL, 1998).

Toda a coletividade é considerada o sujeito passivo do crime contra a fauna brasileira, uma vez que, fere os interesses coletivos vinculados ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Pelo fato de ser um bem de uso comum do povo, cabe a de forma concorrente entre a União, Estados e Municípios, zelar pela proteção da fauna brasileira. Sendo competência dos Estados julgar os crimes contra a fauna e de maneira excepcional pela Justiça Federal, como os casos de tráfico de animais silvestres para o exterior, pois, o Brasil, passou a fazer parte desde 1975, da Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Flora e Fauna Selvagem em Perigo de Extinção – CITES (FREITAS; FREITAS, 2006, p. 55-56).

O CITES consiste em uma convenção que regula o comércio internacional de animais e plantas, no intuito de tentar evitar sua extinção,

atribuindo aos países produtores e consumidores a responsabilidade na preservação das espécies, efetivando a exploração não prejudicial em relação a elas. No Brasil, essa prática é permitida mediante avaliação e emissão de licenças de exportação e importação, por meio do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) (INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS, 2018a).

Em uma perspectiva positiva, o Brasil tem representado como sendo o primeiro país a assinar o instrumento de ratificação da Convenção da Biodiversidade (CDB),⁴ firmando-se como o mais importante instrumento internacional de proteção à biodiversidade do Mundo. A Convenção da Biodiversidade tem como principais objetivos, a distribuição justa e igualitária em relação ao uso dos recursos genéticos, o uso consciente e sustentável sobre a utilização dos recursos biológicos, bem como, a conservação da diversidade biológica (OLIVEIRA, 2009, p. 23).

Mostra-se importante a interação entre as nações estrangeiras, a coletividade e o Estado em um âmbito geral, para combater o tráfico de animais silvestres. O fortalecimento da cooperação interna, entre os agentes responsáveis pela fiscalização, apreensão e readaptação da fauna nativa, manifesta-se fundamental no combate ao tráfico.

Visando evitar maiores prejuízos, o Estado deve investir na capacitação e treinamento dos agentes fiscalizadores, para que estes possam atuar com efetividade, no que tange a apreensão dos animais ilegalmente comercializados, bem como, em relação a organização de dados e informações de controle do tráfico, pontos de vendas, rotas dos traficantes e meios para reabilitação dos animais silvestres ilegalmente apreendidos.

⁴ Segundo o Ministério do Meio Ambiente ([20--?]a), a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), refere-se a um tratado da Organização das Nações Unidas, sendo reconhecido como um dos mais importantes instrumentos internacionais ligados ao meio ambiente. É estruturada sobre três bases – a repartição justa e equitativa dos benefícios oriundos da utilização dos recursos genéticos; o uso sustentável da biodiversidade e sua conservação.

Segundo Oliveira (2009, p. 23), outro dispositivo legal, a Lei n. 6.938/81, que é a Política Nacional do Meio Ambiente, considerada também, como sendo um dos mais importantes institutos de proteção ambiental, representando uma maior compreensão da sistemática ecológica. Os princípios norteadores dessa política vinculam-se em ações governamentais na manutenção do equilíbrio do meio ambiente, sendo este, considerado como patrimônio público a ser necessariamente protegido e assegurado. Do mesmo modo, possui relação a proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas.

Ainda que existam normas de proteção jurídica aos animais silvestres, estas em sua grande maioria não são cumpridas pela população, uma vez que, a precária educação acarreta no desconhecimento da lei pela sociedade, e mesmo os que a conhecem, arriscam-se a praticar o ato ilícito, por presenciar um meio de obtenção de renda fácil, atrelado a falta de rigidez na aplicação das leis brasileiras.

3 EDUCAÇÃO AMBIENTAL E SEU PAPEL NA CONCIÊNCIA CONTRA O TRÁFICO DE ANIMAIS

O capítulo apresenta o histórico cultural e a evolução do pensamento humano em relação ao meio ambiente, bem como a importância na implementação da Educação Ambiental para solucionar os problemas ambientais atuais.

3.1 HISTÓRICO CULTURAL E O PENSAR ECOLÓGICO

O atual cenário ambiental está estritamente ligado ao modo de agir e pensar do ser humano, que ao longo da história contribuiu para a redução dos recursos naturais e a propagação da crise ambiental. Com a explosão industrial, os recursos passaram a ser interpretados unicamente como matérias-primas, apresentando a finalidade exclusiva de suprir as necessidades humanas,

sem existir a preocupação em relação ao esgotamento dos bens garantidores da existência dos seres vivos. Hoje os resultados desse pensamento são amplamente visíveis, a exemplo dos desmatamentos, a escassez de água potável, poluição generalizada, e a extinção das espécies, dentre muitas outras consequências que influenciam no desequilíbrio ecológico.

Desse modo, Costa (2018, p. 69) expõe sobre os pensamentos antropocêntricos e valores utilitários do homem em relação à natureza, o qual se considerava como sendo o principal entre os demais seres vivos existentes na Terra. O ser humano ao se considerar superior as outras formas de vida, passou a utilizá-las, única e exclusivamente para satisfazer suas necessidades, não se deparando com o dano ambiental resultante de suas atitudes, caso este que afetaria sua própria permanência no Planeta.

A preocupação com o meio ambiente ocorre de acordo com a necessidade humana, durante muitos anos o homem construiu pensamentos e valores voltados aos meios de produção e a evolução tecnológica, os recursos naturais e o meio ambiente eram interpretados como matérias-primas para a obtenção de lucros com a produção em massa.

A questão envolvendo sociedade e meio ambiente passou a ser discutida a partir do momento em que os resultados da utilização irracional dos recursos refletiram em crises ambientais e no comprometimento do equilíbrio ecológico.

Segundo Leff (2010, p. 54-55), a forma de utilização dos recursos naturais está atrelada a cultura, o modo de produção e a formação social. Desse modo, mostra-se evidente que os níveis de degradação ambiental e sua utilização inconsciente estão relacionados a cultura de cada região, neste viés a educação ambiental manifesta-se como o principal “remédio” contra a crise atualmente enfrentada.

A relação entre o homem e a natureza passou ao longo dos séculos por inúmeras transformações, Trevisol (2003, p. 67-76) destaca que esta relação é formada por três grandes fases históricas: a fase de dependência e de temor

à natureza; fase da dominação da natureza; e fase de criação da natureza. A primeira fase foi marcada pelo período histórico no qual as sociedades dependiam da natureza e seus recursos para a sobrevivência, através da pesca, caça e plantio do seu alimento. Nesse período a natureza era vista pelo homem como um recurso sagrado, o que também gerava insegurança e temor social. A segunda fase, conhecida como fase da dominação da natureza, iniciou-se com a modernidade e a necessidade consumista do homem, criando-se a ideia de que o ser humano não pertencia mais à natureza, mas que se encontrava superior a ela, fato que gerou a maior onda de calamidades ambientais já existentes. Por fim, a fase de criação da natureza, o qual além de dominá-la o homem passa a recriar o meio ambiente a partir dos seus próprios interesses, influenciando direta ou indiretamente em todas as relações naturais existentes.

A partir do avanço tecnológico, a recriação da natureza aos moldes do homem foi atingindo níveis cada vez mais altos; Miller Júnior (2008, p. 132-134) dividiu a atuação humana em oito formas. A primeira está atrelada a redução da biodiversidade, fruto da destruição dos ecossistemas, da caça ilegal e do tráfico de animais e plantas; a segunda trata-se da destruição da produtividade primária líquida da Terra; a terceira, o fortalecimento de bactérias e outras espécies nocivas à saúde humana; a quarta, refere-se à extinção de espécies predatórias prejudicando as cadeias naturais e acarretando no desequilíbrio ecológico; quinta, a introdução de espécies novas nocivas em relação às espécies locais; a utilização de recursos renováveis de maneira incontrolável e que não possibilite sua reintegração; sétima, ligada a interferência nos fluxos de energia naturais do ecossistema; e a oitava forma vincula-se a dependência humana em relação às energias não renováveis.

Muitos doutrinadores⁵ relatam sobre a dependência humana em relação aos recursos naturais, e a sua utilização irracional. O pensamento

⁵ Entendimentos de doutrinadores como Enrique Leff, autor do livro *Epistemologia Ambiental*; Carlos Alberto Lunelli, coordenador da obra *Direito, Ambiente e Políticas Públicas* e Geraldo Ferreira Lanfredi, autor do livro *Política Ambiental: Busca de Efetividade de seus Instrumentos*.

humano acarretou desastres ecológicos desastrosos e irreversíveis, porém, a mudança do pensar ético e a atuação humana em prol da reestruturação ecológica pode mudar o cenário cultural, a fim de frear a devastação do meio ambiente e seus recursos, e assim caminhar para um desenvolvimento racional e sustentável.

Deste modo, diante da base cultural formada ao longo dos anos, cabe ao ser humano repensar e reanalisar seus atos, valores e costumes, desenvolvendo um pensamento voltado a preocupação ecológica. Essa mudança racional não está mais vinculada apenas a proteção ambiental, mas sim a própria garantia da vida humana, uma vez que ao contrário do pensamento antropocêntrico, o homem é só mais um integrante do ecossistema, e está estritamente ligado a ele, sendo que sua garantia proporciona a vida digna e equilibrada a todos os seres.

3.2 EDUCAÇÃO E A PROBLEMÁTICA AMBIENTAL

Mediante a realidade do tráfico de animais silvestres, é dever do ser humano repensar de forma precipitada em relação ao seu modo de agir e a reanalisar os princípios basilares que os norteiam, em uma tentativa de controlar, ou até mesmo reverter a situação ambiental atual. Uma das alternativas que se mostraram eficazes na tentativa de controlar os danos ambientais são a promulgação de programas e projetos ligados a Educação Ambiental (EA).

Segundo Lunelli e Marin (2010, p. 16-17), em meio a uma sociedade antropocêntrica cuja visão já se mostra direcionada ao interesse humano, a educação torna-se essencial, principalmente em relação à construção da cidadania e deflagração da ciência da igualdade, enfatizando o modo de pensar crítico em relação aos seus atos perante o meio ambiente, em busca do equilíbrio social e ambiental.

Leff (2010, p. 217), alerta sobre a crise ambiental estar inteiramente ligada a uma crise da razão humana, o qual os problemas enfrentados são resultados da precariedade no conhecimento. Desse modo, mostram-se essenciais os investimentos em políticas voltadas a difusão do conhecimento ambiental.

Nesse contexto, a educação ambiental abrange uma necessidade histórica em relacionar a sociedade com a natureza, de forma que se construam coletivamente parâmetros civilizatórios e sustentáveis em prol de um meio ambiente ecologicamente preservado. O desafio atual está amparado na reeducação generalizada da sociedade, reaprendendo a agir com base na mudança dos paradigmas e percepção de valores. Um dos maiores saltos relacionados a mudança é a atuação da educação para desenvolver a consciência dos riscos gerados pela prática humana desenfreada. A Educação Ambiental deve estimular os indivíduos a reconhecerem a crise ecológica, repensar e agir contra sua permanência (TREVISOL, 2003, p. 117-119).

A disseminação do saber ambiental tende a apresentar maiores resultados quando interligada a outras disciplinas. O conhecimento dos ecossistemas e seus recursos naturais, sua fragilidade e a maneira a qual devemos utilizá-los pode ser transmitida por meio da ligação de diferentes raciocínios.

Dentre outras ações, a implementação da Educação Ambiental nas escolas, mostra-se necessária, visto que as crianças e adolescentes passam a entender a importância da preservação do meio ambiente e os seres vivos que dele dependem.

Assim, Lunelli e Marin (2010, p. 18-21) afirmam a necessidade na elaboração de uma reforma cultural, mediante a complexidade dos problemas ambientais enfrentados atualmente, visando como solução a atuação educacional, para reconstrução de pensamentos e paradigmas ecológicos na sociedade.

É entendimento de Lanfredi (2002, p. 139), que a educação seria o meio mais eficiente a fim de incentivar a proteção do meio ambiente e alcançar desta forma o desenvolvimento sustentável, por meio da atuação do pensamento ecológico vinculado aos processos de instrução não formal – composto por educadores, professores, representantes estudantis; e a instituição formal – que abrange todos os níveis de escolaridade, incluindo o ensino básico. A educação, emana na sociedade um olhar crítico sobre seus próprios atos, promovendo assim a sensibilização social, e a construção de novos valores.

No Brasil existem projetos e programas ligados a Educação Ambiental (EA), no âmbito do combate ao tráfico de animais silvestres, porém na maioria das vezes as políticas ambientais apresentam lacunas, perante a falta de recursos e investimentos, capacitação dos profissionais vinculados, bem como a falta de centros de reabilitação para o posterior retorno dos animais apreendidos, ao seu habitat natural.

Frente ao cenário atual, torna-se extremamente necessário a realização de investimentos e fiscalizações com a finalidade de frear as progressões vinculadas a captura e venda ilegal de animais silvestres.

Lanfredi (2002, p. 145-147), reafirma a questão da escassez educacional brasileira, relacionada ao estudo ambiental. Atualmente busca-se pela nova forma de pensar do ser humano e seu papel no Planeta Terra, proporcionando modelos de relações mais harmônicas com a natureza, bem como, seus valores e princípios éticos que a ela estão interligados. Assim, a educação ambiental possui como principal objetivo tutelar a qualidade do patrimônio natural, cultural e artístico. Sendo direito fundamental garantido a todos, consagrado na Constituição Federal em seu artigo 225, possuindo como objeto imediato a tutela da qualidade do meio ambiente, e conseqüentemente a qualidade de vida do ser humano.

Do mesmo modo, Fensterseifer e Sarlet (2014, p. 117-118) dispõem sobre a necessidade da construção de um novo parâmetro ético para a

sociedade. O ser humano deve criar a consciência de que o meio ambiente está incluído na mesma comunidade moral do homem. Ao interagir e usufruir do meio ambiente deve-se respeitar os deveres morais e jurídicos que envolvem a proteção ambiental.

Ao longo dos anos, o homem passou a inovar nas questões educacionais voltadas ao meio ambiente, em 1999 com o intuito de priorizar a Educação Ambiental foi criando a Lei n. 9.795, enfatizando a necessidade da aplicação da EA em todos os níveis de ensino. O objetivo da implementação da Educação Ambiental tem como principal escopo a construção de valores sociais e éticos, voltados a conservação do meio ambiente, garantindo-o de maneira igualitária e de qualidade a todas as gerações (BRASIL, 1999).

Segundo Leff (2010, p. 191-192), uma das principais maneiras de enfrentar a crise ambiental⁶, está amparada na análise profunda da sua complexidade, resultando na desconstrução e reconstrução de pensamentos que refletem automaticamente no reconhecimento dos erros cometidos pelo homem, devendo-se repensar em soluções para solucionar o problema ambiental mundial.

O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais⁷, juntamente ao SISNAMA, busca promover programas de educação ambiental, para construção de valores sociais, conhecimentos e habilidades na coletividade, em prol da conservação do meio ambiente e de seus recursos naturais, tendo como uma das principais linhas de ação a proteção e o manejo da fauna silvestre, por meio do desenvolvimento de ações educativas, perante à consolidação de acordos e instrumentos de gestão (INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS RENOVÁVEIS, 2018b).

⁶ Segundo Leff (2010), a crise ambiental é uma crise do conhecimento: da dissociação entre o ser e o ente à lógica autocentrada da ciência e ao processo de racionalização da modernidade guiado pelos imperativos da racionalidade econômica e instrumental.

⁷ O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) é reconhecida como uma autarquia federal dotada de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente (INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS, 2018c).

A Lei da Política Nacional de Educação Ambiental (Lei n. 9.795/99), além de instituir a aplicação da Educação Ambiental pela sociedade e instituições de ensino, dispõe ao Poder Público a obrigatoriedade de sua aplicação, nos termos dos artigos 205 e 225 da Constituição Federal, definindo a execução de políticas públicas, induzindo o pensamento sustentável da sociedade e promovendo a EA, em todos os níveis de ensino. A implementação Educação Ambiental mostra-se como a principal solução pela busca de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como a redução dos danos ambientais causados pelas ações humanas (FENSTERSEIFER; SARLET, 2014, p. 260-261).

Atua com o mesmo propósito, o Programa Nacional de Educação Ambiental (ProNEA), formado pela atuação conjunta do Ministério do Meio Ambiente e pelo Ministério da Educação, possuindo a finalidade de aplicar a Educação Ambiental como meio de influência na construção de sociedades sustentáveis, através das integrações de saberes. O planejamento estratégico formulado pela ProNea visa a colaboração entre segmentos da sociedade, a promoção de políticas públicas, projetos e programas ligados a implementação da Educação Ambiental para todas as gerações (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 2018, p. 13-31).

Prima-se pela destinação adequada de recursos para a realização de investimentos e pesquisas na área da Educação Ambiental, com a finalidade de formar uma nova consciência ecológica, resultando na mudança de hábitos sociais em relação ao ecossistema, para que o ser humano compreenda a necessidade em proteger o meio ambiente e as riquezas naturais essenciais a sua sobrevivência, sendo um meio fundamental de garantia a proteção da fauna brasileira.

4 POLÍTICAS PÚBLICAS PARA COMBATER O TRÁFICO ILÍCITO DE ANIMAIS SILVESTRES DA FAUNA BRASILEIRA

A invasão do homem no ecossistema e na utilização desregulada das riquezas naturais tornou-se tão intensa que surgiu a necessidade de o Estado intervir nas atividades humanas, por meio de estratégias e planejamentos com o intuito de proteger e evitar maiores estragos ambientais. A partir dessa necessidade surgiram as chamadas políticas públicas, que tratam de direitos fundamentais que devem ser garantidos a toda a população, como preconizado pela Constituição.

Neste âmbito, segundo Cristóvam (2005), as políticas públicas são denominadas como um conjunto de planos e programas de ação do Governo, voltados à intervenção do domínio social, sendo traçadas a partir dessas, um conjunto de metas e planos a serem fomentados pelo Estado, principalmente na implementação dos objetivos e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

O conceito de políticas públicas segue a mesma linha, segundo o entendimento de Di Pietro (2018), no qual defende que políticas públicas se relacionam ao conjunto de metas e meios de ação definidos pelo Poder Público, para a execução de interesses públicos que a ele incumbe proteger.

No contexto ambiental, as políticas públicas transmitem planos e projetos voltados para a preservação do meio ambiente e métodos que visam frear a devastação ambiental, muitas vezes ligados a conscientização da população e a demonstração da importância em manter as espécies preservadas, como garantia de um meio ambiente sadio e equilibrado.

A exemplo de políticas públicas e educação ambiental (EA), foi criada pelo Ministério do Meio Ambiente juntamente com o Ibama, uma Campanha Nacional de Proteção à Fauna Silvestre, lançada em 16 de outubro de 2008, possuindo como suporte a divulgação de cartazes, quadrinhos, vídeos educativos nas escolas, bibliotecas, aeroportos e outros locais públicos

de grande circulação de pessoas. Uma das mais importantes atuações da campanha está atrelada a transmissão de informações em escolas privadas e públicas de todo o país, visando a conscientização das crianças quanto a importância das espécies, sendo a ação denominada como “ A Escola é o Bicho”, possuindo a parceria do Ministério da Educação (MEC) (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 2008 a).

A campanha de proteção à fauna no Distrito Federal, atuou em 10 escolas particulares, dentre elas na escola Leonardo da Vinci, a qual recebeu materiais didáticos produzidos pelo Ibama, para o público infanto-juvenil, tais como revistas e vídeos educativos, sobre as espécies brasileiras e sobre a conscientização de que a compra de animais silvestres é considerada crime (CAMPANHA..., 2008).

As políticas públicas atreladas a promoção de campanhas nacionais de combate ao tráfico de animais mostram-se como formas eficazes de conscientização social, principalmente aquelas voltadas a educação ambiental, uma vez que, os jovens já crescem com o entendimento formado de que é dever do homem preservar o meio ambiente e os animais que nele habitam, com o objetivo de garantir a existência do próprio ser humano no Planeta.

A Campanha Nacional de Proteção à Fauna Silvestre, também conta com o reforço nas operações de fiscalização realizados pelo Ibama juntamente com a Polícia Federal e Rodoviária, com o objetivo de resgatar os animais durante a atuação do traficante, garantindo que o mesmo não chegue a ser comercializado, facilitando assim a punição do traficante e a reabilitação do animal apreendido. Outro foco da campanha está vinculado a ampliação do número de Centros de Triagem de Animais Silvestres (Cetas), garantindo uma nova chance a fauna traficada (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 2008).

Segundo o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis (2016), os Centros de Triagem de Animais Silvestres são unidades de manejo de animais resgatados por meio de ações fiscalizatórias dos agentes responsáveis, possuindo como objetivo receber, identificar,

recuperar e principalmente reabilitar os animais ao seu habitat natural, assim como subsidiar pesquisas científicas necessárias para o seu manejo e consequentemente a readaptação na natureza.

Assim, como as campanhas nacionais, é de extrema importância a efetiva realização de fiscalização nos locais de saída e entrada de animais silvestres, em aeroportos e portos nacionais, uma vez que, uma porcentagem significativa do tráfico de animais possui destino internacional, a qual o traficante utiliza-se desses meios para atingir seu objetivo, qual seja a entrega do animal ao seu comprador.

Nesse sentido, a Agência Nacional de Aviação Civil (2016), e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários ([20--?]) possuem a finalidade de fiscalizar os serviços prestados tanto no âmbito aéreo (ANAC) quanto aquaviário (ANTAQ), enquanto cabe ao Ibama como órgão fiscalizador garantir a proteção da fauna brasileira, devendo atuar em conjunto para evitar o tráfico nacional e internacional através desses meios de transporte.

Acontece que hoje, essa atuação apresenta precariedades que precisam urgentemente serem sanadas, pois segundo a Rede Nacional de Combate ao Tráfico de Animais Silvestres (2003, p. 24-28), existem uma série de entraves enfrentados pelas agências ambientais no controle e fiscalização do tráfico nos segmentos aéreos e marítimos, dificuldade atrelada principalmente em relação a agilidade nas operações de embarque e desembarque, assim como a falta de fiscalização e controle de vigilância nos portos e aeroportos, devendo-se investir na implementação de postos de controle e capacitação de mais profissionais especializados em operações de fauna. Junto a preocupação de combater o tráfico de animais silvestres, persiste a necessidade em conter a extinção das espécies ameaçadas, uma vez que, a maioria dos indivíduos traficados encontram-se na lista de espécies ameaçadas de extinção, tornando-se os animais mais procurados da fauna, pelo fato do valor comercial ser altamente lucrativo.

Diante da tentativa em preservar as espécies ameaçadas de extinção criou-se o Plano de Ação Nacional para a Conservação de Espécies Ameaçadas de Extinção (PAN), no qual compreende um instrumento de gestão participativa, que consagra um conjunto de ações, primando pela conservação da biodiversidade, bem como os seus habitats. O PAN atua de forma conjunta entre organizações governamentais e não governamentais, ICMbio, dentre outros, resultando em um processo de elaboração, aprovação, publicação, implementação, monitoria, avaliação e revisão dos planos em proteção as espécies ameaçadas de extinção (INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE, [20--?]).

A implementação de um plano de ação envolve o estudo aprofundado das espécies ameaçadas, contemplando a análise dos fatores que as causam, sendo que, através da identificação destas são aplicados instrumentos de gestão para contê-las. Assim, o plano busca integrar estratégias e políticas públicas no combate a extinção da fauna brasileira, como a implementação de unidades de conservação, educação ambiental, recuperação de áreas degradadas e fiscalização. Para que o PAN seja implementado deve este ser disciplinado pela Instrução Normativa ICMbio n. 21/2018, embasado no planejamento estratégico visando determinar um método eficaz a ser aplicado em todos os níveis geográficos, podendo incluir uma única espécie, como grupos ou conjuntos de espécies. A oficialização dos processos é realizada através da Portaria do ICMbio, que aprova cada plano, informando-lhe o local de atuação, espécies, objetivos e os prazos de vigência de forma específica (INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE, [20--?] c).

Segundo o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade ([20--?]a), foi implementado na região Sul do Brasil o Plano de Ação Nacional para a Conservação das Aves dos Campos Sulinos, segundo a Portaria n. 21, de 17 de fevereiro de 2012, uma política pública focada em combater a extinção de determinadas espécies de aves no bioma da Mata Atlântica e Pampas, estabelecendo estratégias para a conservação de 18

espécies de aves ameaçadas, entre as categorias: Criticamente em perigo; Em perigo; Vulnerável; Quase Ameaçado; Menos Preocupante. Desta forma, para atingir seu objetivo, O PAN Campos Sulinos, definiu 58 ações distribuídas em 5 objetivos específicos, devendo ser completado e resultar no melhoramento das espécies até fevereiro de 2023.

Ao longo dos anos e do crescimento do número de espécies ameaçadas de extinção, os Estados passaram a sustentar uma preocupação em promover políticas públicas na tentativa de reverter a situação crítica da fauna brasileira, passando a surgir junto a essas políticas, Organizações não Governamentais em combate ao tráfico de animais e na proteção das espécies ameaçadas de extinção.

No estado de Santa Catarina existem muitos institutos e projetos de proteção aos animais silvestres e no combate ao tráfico, dentre eles a criação do Instituto Noah, sendo uma associação sem fins lucrativos de caráter socioambiental, fundado em 2008, na cidade de Florianópolis. O Instituto é o órgão gestor do projeto Centro de Educação e Cidadania Ambiental (CECA), que atuam em ações de propagação da consciência ecológica na sociedade, possuindo como plano principal a reeducação socioambiental, através de mostras culturais, oficinas, palestras e seminários produzidos por seus programas. O Instituto Noah, possui parcerias do Ministério Público Federal de Santa Catarina e da ICMbio, investindo desta forma na difusão de ações de cidadania, para implementar na sociedade a consciência da importância na preservação do meio ambiente e suas espécies (PROJETO CECA, 2014).

Mostra-se clara a existência de políticas públicas voltadas ao combate do tráfico de animais silvestres, assim como políticas de proteção das espécies nativas, inclusive na região Sul, contemplando o Estado de Santa Catarina, porém a carência nos investimentos, a falta de punição aos traficantes e a deficiência na fiscalização nacional não contribui com o objetivo das políticas implementadas, tornando a incansável luta pela sobrevivência da fauna

prejudicada, assim como, a garantia do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado as presentes e futuras gerações brasileiras.

5 CONCLUSÃO

A cada ano a necessidade de proteger o meio ambiente e seus ecossistemas se torna crucial, vez que a escassez de recursos e a extinção de espécies já não passa mais de um futuro distante, mas sim, uma preocupação do presente. Uma das principais causas do desequilíbrio ambiental está atrelada a falta de conscientização da população, resultado da carência educacional, abrandamento das punições e investimentos insuficientes na área ambiental.

Pelo fato do Brasil ser um país de vasta extensão territorial e possuir variados biomas, existe em seu domínio uma grande diversidade de espécies, a qual são vistas por muitos como um meio de obtenção de lucro fácil, por meio do tráfico de animais silvestres, fato que atualmente movimenta o terceiro maior mercado ilegal do mundo, mostrando-se essencial a mudança do pensamento humano referente ao meio ambiente e seus recursos naturais, incluindo a proteção faunística.

Algumas normas foram implementadas a fim de proteger a fauna brasileira, uma das principais disposições surgiu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que instituiu a proteção ao meio ambiente, garantindo a sociedade o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, porém, na prática estas não surtem os efeitos esperados, apesar de terem evoluído beneficentemente na proteção da fauna, ainda possuem penas muito brandas, o que não impede a atuação dos traficantes que se arriscam na venda ilegal de animais silvestres, por ser uma atividade altamente rentável e compensatória.

Diante da necessidade de mudanças comportamentais e racionais da sociedade em relação com o meio ambiente, como solução ao equilíbrio ambiental, mostra-se necessária a implementação, de políticas públicas

ligadas a difusão da Educação Ambiental, contribuindo para a construção de um pensamento ecológico pautado na mudança de princípios, pensamentos e hábitos, que durante muitos anos nortearam os seres humanos, e que atualmente mostram-se essenciais para garantir a continuidade da vida humana na Terra.

Neste contexto, percebe-se, por meio do presente trabalho, que já existem políticas públicas que resultam em efeitos benéficos relacionados a proteção da fauna, enfatizadas por meio de campanhas educativas e projetos, possuindo como objetivo principal a proteção ambiental e a erradicação do tráfico de animais silvestres. Porém, nem todas as atividades implementadas no país, com o intuito de proteger os recursos faunísticos, resultam em êxito, em razão da carência de investimentos na fiscalização ambiental, em pesquisas relacionadas a área e na estruturação de reabilitação de animais apreendidos pelo tráfico.

Ante o exposto, mostra-se necessária a realização de investimentos, pesquisas e ampla difusão na área da Educação Ambiental, primando pela mudança de valores sociais e o olhar do homem em relação às riquezas naturais do qual ele depende. O respeito a fauna e ao meio ambiente, por meio da atuação conjunta com o Poder Público poderá modificar a situação enfrentada e em poucos anos reduzir as perdas ambientais ligadas a fauna brasileira, apresentando-se como uma possível solução para a erradicação do tráfico de animais silvestres.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. [20--?]. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/>. Acesso em: 19 jul. 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. A ANTAQ. [20--?]. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/index.php/institucional/a-antaq/> Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 3 abr. 2019.

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. Acesso em: 3 abr. 2019.

BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 fev. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm. Acesso em: 3 abr. 2019.

BRASIL. Lei n. 9.795, de 27 de abril de 1999. 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/19795.htm. Acesso em: 15 maio 2019.

BRASIL. *Portaria MMA n. 98, de 28 de abril de 2015*. Disponível em: http://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/biodiversidade/fauna-brasileira/portarias/p_mma_98_2015_altr_p_445_2014.pdf. Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. *Portaria MMA n. 163, de 8 de junho de 2015*. Disponível em: http://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/biodiversidade/fauna-brasileira/portarias/p_mma_163_2015_altr_art_p_445_2014.pdf. Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. *Portaria MMA n. 444, de 17 de dezembro de 2014*. Disponível em: http://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/biodiversidade/fauna-brasileira/portarias/PORTARIA_N_444_DE_17_DE_DEZEMBRO_DE_2014.pdf. Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. *Portaria MMA n. 445, de 17 de dezembro de 2014*. Disponível em: http://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/biodiversidade/fauna-brasileira/portarias/PORTARIA_N_445_DE_17_DE_DEZEMBRO_DE_2014.pdf. Acesso em: 1 ago. 2019.

CAMPANHA DE COMBATE AO TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES VAI ÀS ESCOLAS DO DF. *Correio Braziliense*, [s. l.], p. 1, out. 2008. Disponível em: https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/cidades/2008/10/20/interna_cidadesdf,41875/campanha-de-combate-ao-traffic-de-animais-silvestres-vai-as-escolas-do-df.shtml. Acesso em: 17 jul. 2019.

COSTA, C. A. *Por uma Releitura da Responsabilidade Civil em prol dos Animais não Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CRISTÓVAM, J. S. da S. Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 797, set. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7254>. Acesso em: 10 jul. 2019.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FENSTERSEIFER, T.; SARLET, I. W. *Direito Ambiental: Introdução, Fundamentos e Teoria Geral*. São Paulo: Saraiva, 2014.

FREITAS, P. V.; FREITAS, P. G. *Crimes contra a natureza: (de acordo com a Lei 9.605/98)*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GIOVANNI, D. *1º Relatório Nacional sobre o Tráfico de Fauna Silvestre*. Brasília, DF: Rede Nacional de Combate ao Tráfico de Animais, 2002.

INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS. *Centros de Triagem de Animais Silvestres (Cetas)*. 2016. Disponível em: <https://www.ibama.gov.br/fauna-silvestre/cetas/o-que-sao-os-cetas>. Acesso em: 19 jul. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS. *Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção (Cites)*. 2018a. Disponível em: <https://www.ibama.gov.br/cites-e-comercio-exterior/cites>. Acesso em: 12 maio 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS. *Educação Ambiental*. 2018b. Disponível em: <https://www.ibama.gov.br/educacao-ambiental>. Acesso em: 12 maio 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS. *Sobre o Ibama*. 2018c. Disponível em: <https://www.ibama.gov.br/institucional/sobre-o-ibama>. Acesso em: 20 jun. 2019.

INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. *Plano de Ação Nacional para Conservação das Aves dos Campos Sulinos*. [20--?] Ja. Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/portal/faunabrasileira/plano-de-acao-nacional-lista/869-pan-passeriformes-dos-campos-sulinos>. Acesso em: 21 jul. 2019.

INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. *Portarias Fauna Ameaçada*. [20--?] Jb. Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/portal/portaldabiodiversidade/50-menu-biodiversidade/6706-portarias-fauna-ameacada>. Acesso em: 1 ago. 2019.

INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. *Saiba mais sobre os Planos de Ação*. [20--?] Jc. Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/portal/faunabrasileira/2742-plano-de-acao-saiba-mais.html>. Acesso em: 21 jul. 2019.

LANFREDI, G. F. *Política Ambiental: busca de efetividade de seus instrumentos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

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

LUNELLI, C. A.; MARIN, J. Educação e cidadania na ciência jurídica: os contributos da teoria da complexidade para a alfabetização ecológica. In: LUNELLI, C. A. (coord). *Direito, Ambiente e Políticas Públicas*. Curitiba: Juruá, 2010.

MILARÉ, É. *Direito do Ambiente*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MILLER JUNIOR, G. T. *Ciência Ambiental*. 11. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2008.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Campanha nacional fortalece combate ao tráfico de animais silvestres*. 2008. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/informma/item/5121-campanha-nacional-fortalece-combate-ao-trafico-de-animais-silvestres>. Acesso em: 17 jul. 2019.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Convenção da Diversidade Biológica*. [20--?]a. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/biodiversidade/conven%C3%A7%C3%A3o-da-diversidade-biol%C3%B3gica.html>. Acesso em: 20 jun. 2019.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Educação ambiental por um Brasil sustentável: ProNEA, marcos legais e normativos*. Brasília, DF: MMA, 2018. Disponível em: http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80219/Pronea_final_2.pdf. Acesso em: 18 maio 2019.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Fauna*. [20--?]b. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/biodiversidade/conservacao-de-especies/fauna-ameacada/fauna.html>. Acesso em: 2 abr. 2019.

OLIVEIRA, F. M. G. *Difusos e Coletivos: Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PROJETO CECA. *Quem somos*. 2014. Disponível em: <http://www.projetoceca.com.br/>. Acesso em: 22 jul. 2019.

REDE NACIONAL DE COMBATE AO TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES. *Animais Silvestres: Vida à venda*. 2. ed. Brasília, DF: Dupligráfica, 2003.

RIBEIRO, R. F. Bestiário Brasileiro: a fauna brasileira no imaginário colonial. In: JACOBI, P.; FERREIRA, L. da C. (org). *Diálogos em ambiente e sociedade no Brasil*. São Paulo: ANPPAS: Annablume, 2006.

TREVISOL, J. V. *A educação Ambiental em uma Sociedade de Risco: Tarefas e desafios na construção da sustentabilidade*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2003.

WEBB, J. Prosecuting Wildlife Traffickers: Important Cases, Many Tools, Good Results. In: CONFERÊNCIA SUL-AMERICANA SOBRE O COMÉRCIO ILEGAL DE FAUNA SILVESTRE, 1., 2001, Brasília, DF. *Anais [...]*. Brasília, DF, 2001.

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



A FILOSOFIA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E O DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO JUSTO: JUSTIÇA PELO PROCESSO CIVIL

Cristhian Magnus De Marco¹

Paulo Junior Trindade dos Santos²

Gabriela Samrsla Möller³

Resumo: O código de processo civil de 2015 apresenta uma releitura epistêmico constitucional do processo civil, aproximando-se do processo justo, modelo processual previsto pela Constituição Federal como princípio fundamental. A leitura que o presente artigo busca realizar é mostrar que o processo civil justo é o principal meio de se atingir um direito justo, demonstrando assim a intrínseca conexão entre processo e direito. Falar em filosofia do direito processual é falar em processo justo, interpretação do direito conforme a dialética processual e, mais importante, oportuniza falar sobre justiça social e direito, pois aproxima a sociedade da construção direito. A filosofia do direito processual, que tem como base o processo justo, dá bases para a concretização dos direitos humanos e fundamentais e uma hermenêutica capaz de, hoje, apreender os conflitos plurais que surgem.

Palavras-chave: Constitucionalização do processo. Democracia participativa. Dialética processual.

1 INTRODUÇÃO

Acreditar-se e dizer-se que o fundamental é a *tutela jurídica*, sendo o processo (prestação da atividade jurisdicional) o

¹ Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Professor e Pesquisador na Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; cristhian.demarco@unoesc.edu.br

² Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Professor e Pesquisador na Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; pjtrindades@hotmail.com

³ Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina, Linha Direitos Fundamentais Sociais com pesquisa voltada à temática do Direito à Cidade e Sustentabilidade e Judicialização; Bolsista CAPES/Prosup; gabi.moller@hotmail.com

acessório é adotar-se postura ideologicamente perigosa, de toda incompatível com o ganho civilizatório que a democracia representa como forma de convivência política.⁴

A normativa constitucional incorporada a lei processual nos artigos 1º ao 11º, busca, de forma definitiva, aderir ao processo uma ampla reestruturação de seus institutos-base, o que importa em uma passagem do devido processo legal ao processo justo. A normativa dá forma a um movimento que há muito tempo a doutrina processualista se ocupa, voltada a um redesenho do processo civil a partir de uma perspectiva voltada à democracia participativa, dando maior espaço a cooperação e ao contraditório processual, operando uma defesa dos direitos humanos e fundamentais no/dentro do processo para que o direito constituído pela sentença seja ele também um direito justo, o que se compreende por um direito que esteja em consonância com uma hermenêutica que respeite os direitos fundamentais e humanos, da mesma forma. Ou seja, há uma ligação cuja cisão é impossível entre processo e direito: sem processo justo, não há direito justo.

Busca-se, desta forma, uma proposta para alcançar uma maior maturação das perspectivas constitucionais ao direito processual civil e ao direito como um todo, pois as regras processuais, aplicadas junto aos princípios constitucionais, exasperam a normativa processual que se almeja para a decisão justa. Em tempos de pós-modernidade,⁵ as configurações

⁴ Se o direito é produzido socialmente pelos homens, a vitória mais significativa da modernidade, em termos políticos, foi assentar-se como inafastável postulado, que sua validade é indissociável do processo de sua produção, processo este incompatível com o arbítrio, exigindo, para legitimar-se, atenda a regras cogentes e prévias, respeitados os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, tudo constitucionalmente prefixado. Em suma, que sejam atendidas as exigências do *devido processo legal* (devido processo constitucional, seria mais adequado dizer-se) legislativo, quando do administrativo e do jurisdicional. (PASSOS, 2000, p. 68-69).

⁵ Para melhor compreensão da sociedade contemporânea e de sua pluralidade contextual produtora de novos desafios a produção jurídica, será assim preciso observar várias das teorias que definem a sociedade como contemporânea, sendo elas as da hiper-modernidade, pós-modernidade e trans-modernidade: Berman (1988), Charles (2009), Chevallier (2009),

sociais mudam, a hipercultura se faz presente e a estrutura de Estado e de direito proveniente de bases modernas legais já não mais alcança os novos fenômenos que pululam. Diante dessa perspectiva subjaz a questão de como pode o direito, frente a esse contexto, resolver conflitos para os quais não há resposta? O direito vem antes da lei, é social e humano e, diante disso, a constitucionalização muito bem mostrou que a cisão regra e princípio abre um novo horizonte de perspectivas ao direito, porém, uma série de atrocidades jurídicas se perpetua na medida em que a hermenêutica até então desconsiderou a importância do processo ao direito, conectando a decisão judicial diretamente com a jurisdição – poder do juiz – e não com o processo – poder da sociedade pelo contraditório processual.

O processo justo, nessa perspectiva, surge como o processo constitucionalizado, o qual absorve os importantes e democráticos princípios fundamentais da dignidade humana e da cidadania em sua arquitetura, não mais tendo a forma do tradicional devido processo legal, atado a formalidades rígidas dos institutos processuais e responsável por reduzir o direito à lei, pois manifesta a primeira fase da constitucionalização do processo, marcadamente formal – e não material. O processo justo, por sua vez, assume dimensão material da constitucionalização, é o melhor modo de proteger o direito fundamental previsto no inciso XXXV do art. 5º “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988) e isto porque o processo justo tem como corolário a participação democrática e a cidadania ativa, defendendo bases de participação das partes na construção do direito e propiciando uma interpretação normativa do ordenamento jurídico voltado a tutela da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos em sentido horizontal. Nesse sentido, para trazer ao processo e conseqüentemente ao debate conflitos cuja previsão exaspera os contornos legais, é necessário que um processo – judicial – construa esse novo direito de forma democrática.

Grossi (2003), Han (2013, 2018), Latour (2012, 2010), Lipovetsky (2004), Lyotard (2000), Smart (1993) e Tourraine (1996).

Mesmo que a abordagem sobre justiça seja voltada à vida e liberdade das pessoas envolvidas, as instituições possuem um papel criticamente importante na tarefa de melhorar a justiça. A democracia é avaliada pela possibilidade de argumentação racional pública, compreendendo a democracia como o governo por meio de debate como forma de enriquecer a disponibilidade informacional.⁶

O processo contemporâneo tem como filosofia tornar-se espaço para resolução dos contextos plurais e complexos que advêm da globalização, para servir como espaço democrático de criação/concretização do direito, retirando a atenção da jurisdição e voltando-a ao processo justo. O estudo é dividido em três capítulos: o primeiro apontará a necessidade de se pensar a sociedade a partir de uma inegável complexidade, o que exige uma ciência permeada pelo paradigma da complexidade em sua ciência; o segundo capítulo versará sobre a necessidade de se ultrapassar os cânones do devido processo legal e o terceiro capítulo, por fim, explanará sobre o processo justo como possibilidade de ser falar em um direito justo.

2 PENSAR A SOCIEDADE A PARTIR DO PARADIGMA DA COMPLEXIDADE: PRIMEIROS PASSOS PARA COMPREENDER A FILOSOFIA DO DIREITO PROCESSUAL

Lo que afecta a un paradigma, es decir, la clave de todo un sistema de pensamiento, afecta a la vez a la ontología, a la Metodología, a la Epistemología, a la Lógica, y en consecuencia, a la práctica, a la sociedad, a la política.⁷

⁶ Conforme aponta Sen (2000).

⁷ ¿Qué es la complejidad? A primera vista la complejidad es un tejido (*complexus*: lo que está tejido en conjunto) de constituyentes heterogéneos inseparablemente asociados: presenta la paradoja de lo uno y lo múltiple. Al mirar con más atención, la complejidad es, efectivamente, el tejido de eventos, acciones, interacciones, retroacciones, determinaciones, azares, que constituyen nuestro mundo fenoménico. Así es que la complejidad se presenta con los rasgos inquietantes de lo enredado, de lo inextricable, del desorden, la ambigüedad, la incertidumbre... De allí la necesidad, para el conocimiento, de poner orden en los fenómenos rechazando el desorden, de descartar lo incierto, es decir, de seleccionar los elementos de orden y de certidumbre, de quitar ambigüedad, clarificar, distinguir, jerarquizar [...] Pero tales operaciones, necesarias para la inteligibilidad, corren el riesgo de producir ceguera si eliminan

A complexidade contextual que hoje altera as configurações sociais ocorre devido aos efeitos da tecnologia junto à globalização, aumentando o grau de complexidade dos conflitos e a rapidez pelo qual os cenários mudam. Nosso tempo é de transitoriedade, considerada como relatividade em razão do ritmo, escala, natureza e o alcance da transformação social, que alçam tal magnitude que sucedem momentos de destruição e criação em uma velocidade frenética. (SANTOS, 2005, p. 361).

Uma sociedade complexa é marcada por bens sociais heterogêneos e não resulta da ideia de um bem comum. A igualdade que é buscada em uma sociedade, assim, não pode ser vista como uma homogeneidade, senão como uma complexidade na qual reside a peculiaridade de cada esfera, e que tem na sua diferença a manutenção do espírito crítico democrático. A partir da complexidade, tem-se que não existe um direito ideal, mas tão somente um direito que atenda às circunstâncias sociais que vise a regular. Seria preciso que na vida social não irrompessem jamais novos fatos para que pudesse lograr existência um direito cujo caráter ideal fosse o de estar formulado de uma vez para sempre, ou seja, que a essência do homem fosse imutável. O fato de que uma norma atenda às circunstâncias imperantes num determinado espaço-tempo histórico leva erroneamente à impressão de que se trata de uma regra formulada com caracteres definitivos (BRUTAU, 1977, p. 20).

Entretanto, o direito acaba se movimentando dentro de uma mirada teórica, objetivante, devendo calcular e prever, cujo reflexo é a lei, a qual tipifica condutas e estipula consequências, passando o direito a operar pela ameaça de coerção. O direito se imuniza contra o excesso, contra a abundância da vida. Desta forma, um primeiro passo em direção a outra visão do direito é advertir o caráter relativo da suposta neutralidade do direito. Essa constatação impulsiona como necessário o trânsito para outras formas de

a los otros caracteres de lo complejo; y, efectivamente, como ya lo he indicado, nos han vuelto ciegos (MORIN, 2005, p. 32 e 81-84).

pensar (WARAT, 2004), modificando a racionalidade centrada na razão, que por muito empobreceu os ramos da ciência, dado que a linguagem da ciência traduz a complexidade significativa para uma complexidade conceitual; porém, quando logicamente ordenada, torna-se empobrecida.⁸ (WARAT, 2009, p. 306).

Esta formatação epistemológica se deve ao fato de que as últimas tendências da ciência e da filosofia foram baseadas na verificação e objetivação, o que se estendeu à ciência jurídica. Surge assim a ideia de representação, proveniente do símbolo; é a ideia de que qualquer coisa pode ser revelada pelo fato de já ser esperada. Assim, não é a base da experiência a ideia de exata representação da natureza, mas sim o projeto matemático. A purificação da ciência jurídica foi uma forma de «despolitizar» («despotenciar», «eufemizar») a intervenção dos juristas e apresentar o veredicto jurídico como uma opção puramente técnica ou científica, distanciada dos conflitos sociais subjacentes. Esta operação de neutralização política da decisão jurídica tornar-se-á mais fácil se construir-se uma imagem dos juristas como acadêmicos distantes e neutrais, cujas preocupações são meramente teóricas, abstratas e eruditas (HESPANHA, 2017, p. 40).

Em um contexto onde as necessidades fazem com que os interesses mudem com uma rapidez jamais vista e adquirem formas que ignoram o outro ou implicam numa exclusão ordenada de grupos e interesses alheios, mais do que nunca o direito pode ser uma ferramenta de proteção. As necessidades

⁸ No plano paradigmático, encontramos, inicialmente, expressões por muito tempo rejeitadas, principalmente pelos juristas de cultura continental, e cuja pertinência é finalmente reconhecida. Assim ocorre com as expressões “integração social”, “controle social”, “orientação social”, “função promocional” [...] E tampouco nos surpreendemos ao ouvir falar de “potencial negativo”, de “história sem script”, de “alternativas ao direito”, de “direito informal”, de “complexidade”, de “metodologia transgressiva”. De abordagem “sociopolítica do jurídico e do judiciário”, de “novo sentido comum jurídico”, de “conversão reguladora”, de “identidade fragmentada”, de “condição translocal”, de “ação e interação significativas”, de “interação simbólica”, de “forma construtivista de realismo”, de “empirismo crítico”, de “análise interpretativa”. O próprio termo “globalização” adquiriu *paradigmático*. Ele abarca, com efeito, um “feixe de conceitos” – o conjunto daqueles que acabamos de citar anteriormente – através de cuja referência torna-se possível renovar os questionamentos propondo novas problemáticas (ARNAUD, 2007, p. 62).

humanas são “[...] um estado afetivo, de caráter subjetivo e pessoal, que é suscetível de variação e intensidade, qualidade e quantidade, de indivíduo para indivíduo, e dentro do indivíduo em ambientes e tempos diversos.” (RIBEIRO, 2010, p. 19), não são manifestações rígidas e imutáveis do humano, de modo que perpassam sua simples razão de existir dada a racionalidade imposta pela era das luzes, pois esqueceu-se essa que a irracionalidade se impõe com maior relevância na vida cotidiana, gerando mutações caóticas no sistema. As necessidades se apresentam como pulsões e revelam-se pelo interesse, reflexo das angústias e desejos humanos. O ambiente formado pela artificialidade impregnada do direito procura preexistir aos fenômenos, denotando um ambiente estático que não vem a acompanhar a dinâmica imposta pela sociedade contemporânea policontextual.

Essa formação é posta em questionamento hoje em dia, pois a complexidade agrega desafios ao direito como jamais vistos, o junto a evoluções em disciplinas fundamentais ao direito como os direitos fundamentais e os direitos humanos, que entram em confrontam frente a construções ideológicas e desumanizadoras perpetuadas por um paradigma acrítico e ultrapassado. Um dos principais pontos de questionamento sobre o direito legal hoje surge em virtude da ausência dos poderes executivo e legislativo na execução dos mandamentos constitucionais⁹ e na regulamentação das pretensões sociais. É, inclusive, uma tarefa hercúlea apreender o social por meio de leis, de modo que o Judiciário, no que tange às construções possibilitadas pelo processo civil surge como alternativa democrática para a construção do direito em um mundo de complexidades.

⁹ Ou seja, em nosso País as promessas da modernidade ainda não se realizaram. Só que existe um imenso déficit social em nosso País, e por isso temos de defender as instituições da modernidade contra as tentativas de enfraquecimento do Estado. [...] (daí) a importância da função judicial enquanto possível interpretação e aplicação progressiva e criadora do ordenamento jurídico na sua totalidade, colocando-se, nesse contexto, necessariamente a Constituição como instância máxima para aferição do sentido das normas (STRECK, 2014, p. 89 e 104).

*[...] los planteamientos del paradigma de la **complejidad** prevalece la **ética del dialogo y la voluntad de cooperar con los demás**, con los otros científicos y con toda gente. La **transdisciplinariedad** significa el rechazo de todo dogmatismo, de toda cerrazón mental y de las actitudes autoritarias, vengan de donde vengan y las exhiba quien quiera que sea. Rechazamos cualquiera tendencia a la dominación, simbólica o física, de los hombres y de las mujeres, así como la dominación exploradora-destructora del conjunto de la vida natural. (VILAR, 1997, p. 37-38, grifo nosso).*

Diante de um quadro de complexidade social que reclama novas e adequadas soluções pelo direito, frente a uma ainda ciência jurídica apregoadada a um paradigma mecanicista do direito, refletir sobre novas possibilidades de revisitar ciência jurídica, como pela ciência do processo e através de um paradigma da complexidade, sendo este é assunto fundamental para se pensar a complexidade e modos de compreende-la/apreende-la de maneira humana.

3 DEVIDO PROCESSO LEGAL E A NECESSIDADE DE ULTRAPASSAR BARREIRAS DO FORMALISMO PROCESSUAL

Na constância do que acima foi discutido, pergunta-se como poderão as instituições processuais criadas para uma sociedade que emergia das convulsões sociais do começo da Idade Moderna, para os quais o valor supremo era a segurança, depois afinal conseguido pelo mundo do progresso e tranquilidade que caracterizou a sociedade do século XIX europeu, servir agora para uma sociedade tangida pela pressa, profundamente conflituosa, para a qual o sucesso, segundo a moral calvinista, é o único valor positivo.¹⁰

¹⁰ *En las actuales circunstancias resulta notorio que afloran fenómenos paralelos, complicados y recíprocamente influidos, cuales son la creciente judicialización de los conflictos, el activismo judicial y con ello el empeño de participar en el “gobierno” a través de la incidencia en las políticas públicas. Todos ellos tienen su explicación en una serie de factores concurrentes, intrinsecamente dinámicos y por ello mutantes, que pueden resumirse en: I) la presión por el acceso efectivo a la jurisdicción; II) creciente “inflación” legislativa; III) novedosas y cambiantes funciones atribuidas al juez; IV) “explosión” de nuevas conflictividades; V) el impacto de la “globalización” y de los sistemas de protección transnacionales (BERIZONCE, 2010, p. 21-22).*

(SILVA, 1997, p. 203). A modernidade aderiu ao direito a simplicidade jurídica, na busca de segurança para a vida em sociedade. Porém, isto não existe mais em tempos de complexidade, onde “[...] os fulgurantes progressos das tecnologias de informação, a globalização de economia, a aceleração das mutações culturais contribuem para ampliar este fenômeno”, onde não mais é possível encontrar soluções ideais – leis para regular os fenômenos plurais. O modelo de processo de conhecimento como processo declaratório, inserido dentro do paradigma moderno, tem como base uma verdade é proclamada para que, por um juízo de certeza do magistrado pela utilização dos meios de ataque e defesa dos litigantes, será o processo no qual vigora a “separação de poderes” como base de sua sustentação (ARNAUD, 2007, p. 54).

Ocorre que em uma sociedade complexa como a que se vive hoje, o direito apartado da sociedade não protege a dimensão agregada pelos direitos fundamentais e humanos. O processo civil, pela proposta, ocupa um lugar especial para o direito (seu lugar originário), reflexo dos avanços na ciência jurídica para um paradigma da complexidade. Passa-se de uma relação entre Estado-Constituição para uma entre Sociedade-Constituição, no qual a proteção constitucional é voltada não a defender a separação dos poderes do Estado, mas sim em se preocupar em desenvolver ferramentas democráticas e efetivas voltadas a proteção dos direitos humanos e sociais, voltada sim à separação dos poderes internos da sociedade, como o religioso do político, o midiático do financeiro, o econômico do judiciário, dentre outras “separações” que evidenciam teor democrático (ROUSSEAU, 2010, p. 33-34).

Para melhor compreender sobre o fundamento de se falar em uma passagem do devido processo legal, é necessário apontar quanto à constitucionalização do processo, que esta ocorre em um primeiro estágio sob uma perspectiva formal da Constituição, podendo-se falar no caso em uma dimensão negativa dos direitos fundamentais frente ao Estado. O processo, nesse contexto, descrevia o modo como a máquina jurídica deveria trabalhar, caracterizando, de forma inconfundível, base constitucional do direito

processual através das garantias processuais, voltada a uma proteção dos ataques dos juízes (GUILLEN, 1970, p. 153-154) – ocasionado por um processo inquisitorial –, como para evitar que o legislador se opusesse a institutos processuais básicos para a defesa e liberdade.

Já em um segundo estágio, com a constitucionalização material do direito voltada à implementação e à eficácia dos direitos fundamentais (garantir, assegurar e efetivar os direitos fundamentais), o modelo de hermenêutica constitucional muda, os conflitos também passam a ser vistos a partir do interesse público, desvelando nova dimensão ao processo civil e ampliando o papel político do processo. Ocorre um natural – e polêmico – aumento do controle jurisdicional, tanto no controle dos demais poderes como em razão da força que ganham os direitos fundamentais e humanos em um cenário pós-guerra. Com a cisão regra-princípio, porém, o processo civil passa a centrar-se diametralmente na *jurisdição*, por decisões assentadas na *filosofia da consciência* (STRECK, 2010, p. 93), esquecendo-se, de fato, da importância fundamental do debate/diálogo processual na construção da decisão judicial.¹¹ É a partir desse quadro que o presente debate surge, pois o processo justo surge dessa superação de uma demasiada centralização na jurisdição e com essa superação é possível falar em passagem do devido processo legal, pois mesmo com a constitucionalização do direito, a constitucionalização material do processo ainda não foi alcançada, estando o processo cerrado numa concepção de “devido processo legal” – muito repetida por juristas, inclusive.

¹¹ Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas o grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitavelmente um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos de direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, tece o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes (CAPPELLETTI, 1993, p. 42).

Delineada o processo ganhando essa nova tônica que tem a preocupação alcançar sim a garantia de um processo justo, mais do que um “processo legal”, *colocando no primeiro plano ideias éticas*, em lugar do estudo sistemático apenas das formas e solenidades do procedimento, ao qual se limita o devido processo legal, marcado por contornos provenientes de uma ciência processual ultrapassada, caracterizada por fenômenos variados, que vão desde um apego às formas e desconsideração da substancialização destas, como um apego a legalidade ou ao voluntarismo judicial, ignorando em ambos os casos o processo, os debates e as partes na construção do direito. O processo, dessa forma, não pode desconsiderar que os problemas formativos do direito são reduzidos à lei ou a discricionariedade na falta desta. Nesse sentido, os princípios constitucionais aplicados ao processo podem e devem dar uma nova perspectiva ao direito e ao processo civil, principalmente no que toca à participação democrática da sociedade na construção do direito, que representa dois importantes princípios fundamentais: cidadania e proteção da dignidade humana.

Essa perspectiva superadora do devido processo legal apresenta um modo de incorporar a política no dia a dia da sociedade, pois naqueles tradicionais locais de discussão política sobre o bem comum, onde ela está *purificada*, como as assembleias onde se discute e legisla, as esferas do Estado onde se tomam decisões, jurisdições supremas, exatamente nesses lugares, se propaga a opinião desencantada que há pouco a deliberar e que as decisões se impõem por si mesmas.

Para tanto, apresenta-se como necessária uma reconfiguração do grau de participação e voz no processo, pois busca-se concretizar/solucionar as incongruências dos direitos que emergem “[...] que só poderá ser aquela que privilegia e estimulada à participação, tão intensa e constante quanto seja possível” (SILVA, 1988. p.11) e que tenda a “[...] penetrar nos meandros processuais, onde as garantias constitucionalmente previstas dão ao indivíduo meios de assegurar que ele se confronte com o posto e busque

um aprimoramento do debate democrático.” (RIBEIRO, 2010. p.96). Em uma democracia

La dialettica processuale risulta, pertanto, fonte di diritto; ma la stessa dialettica processuale non permette soltanto di addivenire alla definizione giuridica del caso, stabilendo il cosiddetto diritto sulla cosa; questa è funzionalista anche, e soprattutto, alla determinazione della norma della norma giuridica pre-posta al caso in giudizio (tanto da non rappresentare il processo negli angusti spazi dall'applicazione della regola pre-esistente al caso controverso, si ritiene, vice-versa, che proprio nel processo, caratterizzato dall'incedere dialettico, non solo si scorga e si individui la norma regolatrice, ma anche che nello stesso processo, in grazie all'attività dialética delle parti ivi coinvolte, la norma venga posta, ovvero creata. (MORO, 2012, p. 92).

O reconhecimento de uma relação de recíproca implicação entre o processo civil e as manifestações plurais da sociedade realça que o direito processual sofre os influxos das mudanças ocorridas na sociedade e na própria maneira de absorver o direito (teoria do fato jurídico), pois a crise normativa sentida mais se relaciona com a incansável produção de direito pelo homem na forma hierárquica e piramidal.¹²

4 UM PROCESSO JUSTO COMO POSSIBILIDADE PARA SE FALAR EM UM DIREITO JUSTO

A filosofia do direito processual tem base em um processo justo, desvelando a conexão entre processo e direito. O constitucionalismo inaugura o Estado Democrático de Direito, ou o que se denomina, na atualidade, como Estado Ativo Responsivo,¹³ conceito que considera a democracia como uma

¹² Nesse sentido ver Ost, o qual critica a forma piramidal de produção jurídica, e também ver Arnaud, que fala sobre a policentralidade no direito (ARNAUD, 2007; OST, 2017, p. 15-48).

¹³ Uma instituição formalista e presa a regras não está realmente em jogo em seus conflitos com o seu ambiente. Provavelmente se adaptará de modo oportunista porque carece de critérios necessários a uma reconstrução racional de políticas inadequadas ou ultrapassadas.

construção que revisita suas instituições com o fim de conciliar a participação e a cidadania como aspectos elementares para a legitimação das decisões: “[...] devido processo constitucional que é o recinto de fixação jurídico-principiológica instituinte dos direitos fundamentais como ponto de partida da teorização jurídica da democracia para a criação normativa de direitos a se efetivaram processualmente no mundo vivente.” (LEAL, 2002, p. 31).

Mesmo com essa perspectiva, o processo hoje tem a estrita finalidade de pôr fim ao litígio pelo predomínio de uma operação lógico-matematizante no direito (teoria do fato jurídico) ou o predomínio da filosofia da consciência (solipsismo judicial), sequer abrindo horizontes para a discussão de uma participação democrática e construção do direito democrático pelo processo. A cidadania representa nada menos do que participação no debate público, o que inclui o direito, de modo que falar hoje em um direito democrático implica enfrentar esse importante fundamento da sociedade. O cidadão ativo é o modelo de indivíduo que corresponde à atual leitura da constitucionalização do direito, e por esta visão o processo justo encontra fundamento, reformulando a arquitetura processual:

[...] dire che le garanzie del processo vengono enunciate nel contesto della reinvidicazione dei diritto fondamentali del cittadino, come strumento necessario per la realizzazione di questi diritti. Non è un so che in Italia e in Germania di tali garanzie si parli in ostituzioni che seguono alla caduta dei regimi totalitari e che, in contrasto e reazione rispetto alle ideologie di questi regimi, mirando realizzare modelli di Stato democratico. Un fenomeno in tuto simile si verifica poi i Spagna e in Portogallo, quando anche in quei Paesi avevine la aduta di regime autoritari, e nuove Costituioni segnano la nascita di sistemi democratici. Ancora, la Convenzione europea dei Diritti dell’Uomo è una solenne riaffermazione di questi diritti contro i regimi che in Europa li avevano negati e

Somente quando uma instituição é verdadeiramente propositiva pode haver uma combinação entre integridade e abertura, norma e discricção. É por esse motivo que o direito responsivo pressupõe que o propósito pode vir a ser válido o suficiente para assegurar uma produção adaptativa de normas (NONET; SLEZNICK, 2010, p. 125-126).

violati. In questa prospettiva emerge con chiarezza la funzione politica dell'enunciazione delle garanzie fondamentali del processo: esse rappresentano infatti un aspetto essenziale della natura democraie dello Stato, e segnano la contrapposizione della concezione democrazia del potere e dell'ordinamento giuridico rispetto ai regimi autoritari o totalitari. Questi, infatti, si caratterizzano per la negazione, il disonoscimento e la violazione dei diritti e delle garanzie, in particolare di quelle che appaiono finalizzate a far sì che tutti i cittadini possano ottenere giustizia. (TARUGGO, 2004, p. 120).

Com as garantias processuais legitimadas constitucionalmente e de forma material, o devido processo legal passa a ser um processo justo (art. 5º, incisos XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI da Constituição Federal). Nesse sentido, o processo deve reivindicar sua qualidade de direito fundamental, responsável por buscar a satisfação de um ideal de justiça ligado a um direito mais humano, mas solidário e mais comprometido com a realidade de onde se desenvolve (ALÁRCON, 2000, p. 69). A matriz do processo justo não somente busca defender a normativa dos direitos constitucionais e humanos, mas também ser capaz, efetivamente, de modificar a realidade social por um direito mais participativo, elevando-se a um *maxi* princípio fundamental (CALAMANDREI, 2017, p. 148). O processo justo tem sua força dada a síntese que opera entre a garantia processual e a epistemologia Constitucional. A justiça do Processo deve estar presente no início, no desenvolvimento, na conclusão. O direito justo, reflexo do processo justo, combina participação democrática e direito, reformulando a tutela judicial e exige, para tanto, a aplicação das garantias e direitos fundamentais, refletindo grandes consequências práticas.

De tal modo, relativiza-se não só o conceito de legalidade, o qual a interpretação pode resultar mais ou menos jurídica ou menos política, mas sobretudo o conceito de justiça. Tal conceito, tão importante para a existência do homem por recolher no curso dos milênios a atenção dos intelectuais como simples homens da rua, não pode não levar conta, se desconsiderado em uma perspectiva

operativa, os efeitos complexos de uma determinada decisão judiciária. Em tal âmbito, não obstante as incertezas de suas possíveis interpretações, o conceito de justiça parece de fato em condições de desenvolver uma função essencial: fornecer um ponto de vista externa ao ordenamento. (FEBRAJJO, 2016, p. 97).

A constitucionalização do processo civil ocasiona uma *centralidade do ordenamento normativo processual*, dado que os direitos fundamentais e humanos propiciam uma amplitude interpretativa. Nesse sentido, a democracia em uma sociedade complexa não se expressa apenas como formal (vertical), mas, também, substancial (horizontal). Esses novos sentidos propiciam maior proteção de direitos em benefício dos indivíduos, tornando-os ativos em busca de conquistas políticas. Os princípios, os direitos humanos sempre devem oxigenar a lei e também servir de marco para a criação de novos direitos, o que é e pode de maneira mais abrangente ser operacionalizado pelo processo: novos direitos, transformações manifestam o significado da constitucionalização do processo e do direito (MORELLO, 2000, p. 56-57). Busca-se caminhar a um sentido mais democrático de direito, passando-se de uma centralização na jurisdição para o processo, voltado a melhor atender as necessidades contextuais, superador do formalismo jurídico e do positivismo, pois é canal que conecta com maior rapidez e prática os conflitos sociais – faceta da complexidade social – ao direito, sendo ramo prático e sensível as manifestações sociais.

Uma vez que há um primeiro momento político do Direito, expressado por sua constituição/criação pelo legislador, ocorre um segundo momento político quando o direito é ressemantizado e, paralelamente, existe um campo jurídico não-estatal, que consiste nos conflitos que superam o que é lei, o que se torna um elemento de participação social. Pelo posto, é evidente o Direito possui em seu âmago componentes legitimadores da dominação social, razão pela qual o direito é eminentemente político e extrapola o Estado em razão das relações de poder que ocorrem na formação social (ROCHA, 1998, p. 55).

Sob essa ótica, a filosofia do direito processual civil assenta suas bases em um processo justo, com ampla participação por meio do debate processual, possibilitando assim proposições de novos direitos e dignificação de direitos preexistente e injustos ao caso concreto, na busca de importantes princípios como dignidade humana e cidadania, buscando tornar a criação e ressemantização do direito tarefa mais democrática frente a uma sociedade policontextual e complexa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Lo natural del derecho consiste en estar íntimamente compenetrado con la sociedad, es decir, estar en el centro de la fysis de ésta, ser estructuralmente partícipe de ésta. No es el instrumento coercitivo del soberano o el espacio para los vuelos tóricos de un doctrinario; puede también serlo, puede convertirse en ello, pero en primer lugar es algo más y es algo diferente. (GROSSI, 2003, p. 45).

O direito processual hodierno é importante instituto no cenário atual, pois hoje é o judiciário que absorve e decanta o sem número de conflitos e de violações a direitos humanos e fundamentais de um contexto plural e, diante dessa realidade, nada mais natural do que se discutir como pode esse processo servir também a democracia e, em seu âmago, também respeitar princípios constitucionais voltados a maior participação do indivíduo na construção do direito. De nada adianta propiciar uma abertura de portas pelo judiciário para serem levados os conflitos se a voz dos indivíduos mal ecoa quando da construção do direito.

A presente reflexão dá suportes para pensar como direito se comportará, tanto como direito estatal como os “não direitos”, frente a gama de inovações que apresentam novos cenários ao direito. Buscou-se dar bases para se pensar que o paradigma da complexidade reflete um novo período ao direito, onde este é reformulado pelas normas constitucionais e por uma exigência de justiça, de participação como jamais vista, por meio do qual

o processo civil pode servir como meio de legitimação das decisões pelo processo justo, colaborativo, dialogal e fundamentado.

O contexto supera o texto e o direito hoje é mais do que previsão, do que se limitar ao mundo jurídico, pois o direito é um sem-número de possibilidades, expressada pelos conflitos que surgem e representam uma pluralidade de ameaças e lesões a direitos. A tutela dos conflitos hoje é realizada em sua maior parte pelo Judiciário e pensar modos de democratizar essa instância foi o objetivo da reflexão, por isso compreender que a discussão sobre o direito processual hoje é fundamental se quando se fala em democracia, participação social e proteção dos direitos humanos e fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, R. B. El Derecho Fundamental a un Proceso Justo, llamado también Debido Proceso. *Proceso & Justicia*, Lima, Perú, p. 67-81, 2000.

ARNAUD, A.-J. *Governar sem Fronteiras. Entre Globalização e Pós-Globalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BERIZONCE, R. O. Activismo Judicial y Participación en la Construcción de las Políticas Públicas. *Civil Procedure Review*, v. 1, n. 3, p. 46-74, sept./dic. 2010.

BRUTAU, J. P. *A Jurisprudência como Fonte do Direito*. Porto Alegre: Coleção AJURIS, 1977.

CALAMANDREI, P. *Processo e Democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

CAPPELLETTI, M. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

FEBRAJJO, A. *Sociologia do Constitucionalismo. Constituição e Teoria dos Sistemas*. Curitiba: Juruá, 2016.

GROSSI, P. *Mitología Jurídica de la Modernidad*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GUILLEN, V. F. Bases uniformes de legislación procesal. In: JORNADAS LATINOAMERICANAS DE DERECHO PROCESAL, 5., 1970, Bogotá. *Anales* [...] Bogotá, 1970.

HESPANHA, A. M. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um milénio*. Coimbra, Portugal: Almedina, 2017.

LEAL, R. P. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

MORELLO, A. M. *El Derecho y Nosotros*. La Plata: Librería Editora Platense, 2000.

MORIN, E. *Introducción al Pensamiento Complejo*. Barcelona: Gedisa, 2005.

MORO, P. (org.). *Il Diritto come Processo: Princìpi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*. Milano, Italy: FrancoAngeli S.R.L., 2012.

NONET, P.; SLEZNICK, P. *Direito e Sociedade. A transição ao Sistema Jurídico Responsivo*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

OST, F. Pra qué sirve el derecho? Para contar hasta tres. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Madrid, Espanha, n. 40, p. 15-48, 2017.

PASSOS, J. J. C. de. *Direito, Poder, Justiça e Processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RIBEIRO, D. G. *Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROCHA, L. S. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1998.

ROUSSEAU, D. La construction constitutionnelle de l'identité des sociétés plurielles. *Confluences Méditerranée*, n. 73, p. 31-36, 2. sem. 2010.

SANTOS, B. de S. El uso Contra-Hegemónico del Derecho en la Lucha por una Globalización desde Abajo. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 39, p. 363-420, 2005.

SEN, A. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, O. A. B. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, O. A. B. Democracia Moderna e Processo Civil. In: GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.; WATANABE, K. (org.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

STRECK, L. L. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, L. L. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TARUFFO, M. La garanzie fondamentali dela giustizia civile nel mondo globalizado. *RTDC. Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 17, jan./mar. 2004.

VILAR, S. *La Nueva Racionalidad. Comprender la Complejidad con métodos trans-disciplinarios*. Barcelona: Editorial Kairós, 1997.

WARAT, L. A. *A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, L. A. *Introdução Geral ao Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. v. 2.

A PARCELA DA SUBJETIVIDADE DE QUE A CIÊNCIA JURÍDICA DEPENDE: A MALEABILIDADE SUBJETIVA EM FACE DA INFLUÊNCIA DE DOENÇAS NO COMPORTAMENTO HUMANO

Paulo Henrique Teston¹

Cinthya Sander Carbonera Zauhy²

Resumo: No contexto jurídico atual, inúmeras são as linhas que permeiam as possibilidades e tratativas dentro das compreensões. Em que pese diversas bandeiras existentes, o princípio que perpassa nas discussões é o de que o processo de subjetivação e a ciência jurídica devem ser pensados como possibilidades e não como redenções. Nesse contexto, a partir da construção de linhas sobre o comportamento humano, sua relação com as doenças e da leitura da subjetividade enquanto parte da ciência jurídica, o presente estudo busca entrelaçar algumas linhas dando a dimensão do direito enquanto assegurador de possibilidades, atentando em que consiste e como se desenvolve as supramencionadas possibilidades emergentes. Verifica-se, então, que perante a complexidade da ciência jurídica, torna-se necessário conceber direito e processo de subjetivação não como limites e sim como aberturas do possível.

Palavras-chave: Processo de subjetivação. Ciência Jurídica. Doenças.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como ponto identificar a mudança do comportamento humano relacionado a doenças que afetam o ser cotidianamente; e como essas transformações afetam seus julgamentos já que

¹ Doutor em Direito pela Roma TRE University, em Roma, na Itália; Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

² Mestra em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Especialista em EaD – Educação a Distância pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Professora Universitária.

fazem parte da subjetividade. Mostrar que a mente humana é demasiadamente maleável e, sem (re)conhecermos o que a molda, não será possível desenhar um caminho que escape às estruturas subjetivas.

A primeira parte irá tratar acerca dos estudos que comprovam como moléstias afetam o comportamento do homem. Uma breve conceituação que buscará trazer estudos avançados acerca da relação das doenças e do comportamento do homem. Entender que a influência das mazelas na produção da subjetividade afeta, de forma direta, o modo de vida do ser no seio íntimo e social.

A segunda parte procurará traçar um panorama da relação entre a ciência jurídica e a subjetividade suas conceituações e a importância do processo de subjetivação no procedimento criativo do direito, mostrando que o direito é mais dependente do íntimo do que se imagina. Conceber que a subjetividade e o direito estão em uma relação sinérgica e que não se pode pensar um, deixando o outro de lado.

A terceira e última parte é a procura por mostrar um caminho ao jurista, pretende-se mostrar como a nova perspectiva, que traz para a contemporaneidade mudanças e desafios, está para além das ínfimas construções voltadas para a ciência jurídica enquanto rasa, pré-definida e abstrata.

O intuito é propor linhas capazes de conceber as transformações que surgem da marcha inexorável da direito. Visto os problemas que envolvem a subjetividade como um emergir, a subjetividade e o direito se apresentam como entraves paradigmáticos que surgem apresentando desafios e horizontes para a ciência que concebe o direito.

2 A SENSIBILIDADE SUBJETIVA

“Compreendi, então, que a vida não é uma sonata que, para realizar a sua beleza, tem de ser tocada até o fim. Dei-me conta, ao contrário, de que a vida é um álbum de mini-sonatas. Cada momento de beleza vivido e amado, por efêmero que seja, é uma experiência completa que

está destinada à eternidade. Um único momento de beleza e amor justifica a vida inteira.” (Rubem Alves).

Os contornos da subjetividade do homem são desenhados por projetos que se prostram muito além de suas rasas vontades. Isso quer dizer que o homem é mais dependente daquilo que não conhece, do que daquilo que julga conhecer. Caso se saiba uma gota, ignora-se um oceano; se o direito é a arte do bom e do justo (MADEIRA; JUSTINIANO; CATALANO, 2009, p. 19) não é o justo e o bom que estão presentes, de forma prepotente, na ínfima consciência do homem. As vontades são sutis, suas motivações ainda mais: perceber isso é de fundamental importância para compreender o que é interpretar.

À conta disso, o subjetivo do homem – não se pode ser esquecida a relação bilateral (homem-universo) que dá condições à existência - é aquilo que dele parte desenhando, construindo e destruindo o universo que o cerca (MERLEAU-PONTY, 1994, p. 7-8).

O pontapé que o presente trabalho propõe, é para ensejar uma análise mais apurada daquilo que constrói o texto legal e sua aplicação e não somente remediar vontades e devaneios legislativos. Por corolário, no presente trabalho é no escopo de um dos preceitos do direito – *honeste vivere* (MADEIRA; JUSTINIANO; CATALANO, 2009, p. 24) – que se espera dar condições para pensarmos fora da caixa.

Inúmeros estudos vinculam as doenças nos homens a mudanças em seus respectivos comportamentos. Ou seja, homens que adquirem algum tipo de doença tem, de forma direta, uma mudança no seu modo comportamental. Pensam, agem e se portam de maneiras diferentes: tudo isso vinculado à existência de doenças que, além de se manifestar de forma somática, são condicionadores de suas vontades.

Há uma série de artigos sugerindo que existem mudanças nos traços da personalidade que foram causados pela atividade de parasitas, por exemplo. Estudos realizados com base nas doenças provocadas pelo citomegalovírus e

pelo *toxoplasma gondii*, sugerem que há grande possibilidade de induzirem uma diminuição na *procura por novidades* (NOVOTNÁ et al., 2005).

Existem, dessa forma, variações na natureza da personalidade em seres humanos. O mesmo estudo ainda observa uma associação entre esquizofrenia e toxoplasmose, sugerindo que existem alterações na concentração de dopamina no cérebro, desempenhando uma mudança de comportamento em hospedeiros infectados.

É de fundamental importância ressaltar que por se tratarem de mudanças comportamentais que são subprodutos de infecções cerebrais, os hospedeiros pouco puderam perceber, pois, até então, nada estava errado. Trata-se de uma mudança perceptível após o conhecimento do problema: a percepção se dá por uma autoanálise; o reconhecimento da ausência de uma ânsia por novidades só é possível, em se tratando de mazela íntima, após a lucidez em face do problema. Toxoplasmose e herpes, doenças cotidianas são responsáveis por amplas vicissitudes idiossincráticas (NOVOTNÁ et al., 2005).

Portanto, um parasita comum e de vida longa como o *toxoplasma gondii* pode influenciar de maneira significativa o comportamento dos seres. A ligação entre a mudança comportamental e o *toxoplasma gondii* pode ser resultado de uma manipulação comportamental que o parasita usa para ampliar sua transmissão, procurar um novo anfitrião para seu ciclo de vida: um efeito sutil que, no entanto, altera a personalidade a nível populacional (LAFFERTY, 2014).

Então, uma doença infecciosa altera a cultura humana e seus efeitos sobre a personalidade. No artigo em que Kevin Lafferty comenta acerca da possibilidade de um parasita cerebral comum afetar a personalidade de alguém, ele é enfático no final do trabalho argumentando que, muito embora ele identifique uma mudança na personalidade, os efeitos de um simples parasita podem ser muito maiores do que ele pôde dimensionar no trabalho (LAFFERTY, 2014).

Os circuitos neurais envolvidos sugerem que o aparecimento de medo e o aumento de ansiedade são vinculados à perturbação de forma não específica do parasita no corpo. No geral, há uma forte hipótese em favor manipulação comportamental e o tropismo do parasita é uma forte possibilidade de fator que desencadeia as mudanças no modo de ser (VYAS, 2014).

É importante ressaltar que, hodiernamente, estuda-se se a localização do parasita também é um fator importante para determinar qual a mudança comportamental ligada ao eixo parasita-homem. Portanto, a complexidade e os resultados possíveis de um parasitismo são muito maiores do que uma simples constatação de que mudam comportamentos. Afetar uma região ou outra do corpo é uma maneira de indicar qual será a mudança de comportamento que será desencadeada pelo parasitismo (MCCONKEY et al., 2014). Não há separação entre mente e corpo e a mente e o corpo humano são, profundamente, maleáveis. Maleáveis por questões imperceptíveis e há um universo delas.

O direito depende de atos interpretativos. Dessa forma, faz-se necessário identificar que um juiz com toxoplasmose seria, com base no artigo *Probable neuroimmunological link between Toxoplasma and cytomegalovirus infections and personality changes in the human host* um jurista mais reacionário, que se esquia das novidades e evita a procura pelo novo. Sendo assim, a falta de motivação ou a aversão às novidades pode ser dada por uma mazela imperceptível que ao se tornar perceptível pode ser solucionada, ou pode solucionar-se aquilo que dela decorre.

Exemplificando o que se propõe no presente trabalho: suponha-se que o juiz do caso Richarlyson³ tenha toxoplasmose. A aversão do jurista por existir um homossexual jogando futebol pode ser vinculada a mudança comportamental

³ No Processo n. 936/07, 9ª Vara Criminal de São Paulo, o juiz Manoel Maximiano Junqueira Filho alegou que *futebol é coisa para macho*. Nos dizeres do magistrado: *"Futebol é jogo viril, varonil, não homossexual."* Ainda disse que não existem ídolos gays no futebol e procurou demonstrar a virilidade da senda futebolística no hino do internacional de Porto Alegre: *"Olhos onde surge o amanhã, radioso de luz, varonil, segue sua senda de vitórias."* Completou afirmando que *"Ora bolas, se a moda pega, logo teremos o sistema de cotas."* E não parou por aí: *"Não que um jogador não possa*

ocasionada pela toxoplasmose presente em seu sistema perceptivo, ou seja, seu corpo. A falta de vontade de lidar com o novo, com as novidades, pode ser vinculada a maneira como trata as aberturas no tecido social.

Não se está propondo que todo jurista reacionário tem determinada doença que o define. O que se quer dizer é que pode sim existir alguma doença ou algum fator que seja maleável do ponto de vista científico que altere de forma determinante o caráter e o modo de ser de um homem, no nosso caso, um jurista.

Consequentemente, o direito não se prostra diante do emaranhado subjetivo como um lorde ou um senhor: ele é um próprio emaranhado subjetivo. Enorme são as tentativas de colocar um limite ou procurar se estipular uma teoria que possa abarcar as dificuldades em lidar com a subjetividade do homem, pois conviver é uma necessidade – por mais misantropo que seja um ser ele convive com outros, ainda que não humanos.

O infinito que guardo e o infinito que me aguarda no ato relacional, são as construções do existir: as sutilezas subjetivas são orquestradas em termos relacionais, a relação do corpo com um parasita, por exemplo, se torna um dos músicos dessa orquestra.

3 DIREITO E SUBJETIVIDADE

O direito é pautado na realidade. E realidade é um nome que se emprega em nosso pensamento ocidental para um aparato, um resumo das infinitas versões interpretativas – não há distância entre o mundo e suas versões (WARAT, 1994, p. 14). O direito é uma técnica de controle social, só é possível reconhecer seu poder “estabelecendo-se certos hábitos de significação.” (WARAT, 1994, p. 15).

A importância de identificar as motivações comportamentais daqueles que dependem de hábitos de significações consiste em saber que as

jogar bola. Pois que jogue, querendo. Mas forme o seu time e inicie uma federação. Agende jogos com quem prefira pelear conta si.”

condensações de saber, os fragmentos de teorias e os elos rápidos que ligam tais fatores são essenciais à ciência do direito.

Não se está procurando fazer a corriqueira crítica sobre os métodos ilusórios, as crenças e os silêncios que envolvem as práticas interpretativas. O intuito é identificar que os discursos não são cristalinos. Eles dependem sim de presenças sutis – não apenas em fatores educativos –, em toda forma relacional de existir. Talvez nunca se possa parar de identificar fatores que alterem o modo como olhamos para a subjetividade e, conseqüentemente, para o direito. Eis o desafio: novos olhos desenham novas paisagens, proporcionando caminhos para além do senso teórico comum,

Pode-se dizer que estamos diante de um protocolo de enunciação sem interstícios. Um máximo de convenções linguísticas que encontramos já prontas em nós quando precisamos falar espontaneamente para reificar o mundo compensar a ciência jurídica de sua carência. Visões, fetiches, lembranças, ideias dispersas, neutralizações que beiram as fronteiras das palavras antes que elas se tornem audíveis e visíveis, mas que regulam o discurso, mostram alguns dos componentes chaves para aproximar-nos da ideia do “senso comum teórico dos juristas”. (WARAT, 1994, p. 13-14).

As práticas interpretativas, como são apresentadas neste trabalho, dependem, além de depender dos saberes comuns que propõe Warat (1994, p. 14), das microfisicidades constitutivas dos comportamentos alterados pelas mazelas que se está diariamente exposto. Pois a subjetividade não se enclausura no ato de vontade consciente de um determinado ser. O inconsciente pode dizer muito mais sobre a vontade do que o *estar consciente*. Assombrada e abençoada por um sem fim de entidades, a totalidade do conceber humano é precisa ser revista e trabalhada.

Ela mesma, a vontade constante e perpétua (MADEIRA; JUSTINIANO; CATALANO, 2009, p. 24) da justiça, devém incessantemente. Identificar isso é primordial para a compreensão de que nada está posto e

acabado, a justiça nunca será posta e acabada. A mensagem da justiça gira ao redor daquilo que se decide e do que não se pode decidir em termos conscientes, comunicar-se é compreender que tudo depende, também, do que está por trás do escrito: como ensina Warat, “O dito não se esgota nunca na expressão das palavras empregadas.” (WARAT, 1994, p. 125). Apresentar saídas, construir alternativas, desenhar um caminho por entre a imposição de modos de existência, nas palavras de Luis Alberto Warat:

As pessoas encontram sua identidade, constroem sua subjetividade, aprendem a entender o sentido do mundo e a administrar seus conflitos de modo pacífico através de uma pedagogia baseada numa concepção educativa dos direitos humanos. *As pessoas podem aprender a se comunicar com os outros e a cuidar-se de si mesmas quando são incentivadas a cuidar de sua vida, aprender o sentido de sua própria vida, saber que mesmo excluídas tem direito a se considerar vivas, e que não só tem a vida os que o Estado admite politicamente como cidadãos. As pessoas aprendem a se cuidar aprendendo a lutar pelo direito a ter direitos, e a realizar suas vidas em termos de direitos humanos.* (WARAT, 2004, p. 74).

Por que sou reacionário? Por que tenho aversão às coisas que não posso mudar? Questionar-se é apreender as subjetividades que moldam a vida. O homem é o animal que concebe *aiuris prudentia* como o conhecimento das coisas divinas e humanas, “ciência do justo e do injusto” (MADEIRA; JUSTINIANO; CATALANO, 2009, p. 24), perscrutar próprios posicionamentos é enxergar possibilidades, conhecer uma gota finita (ENGELMANN, 2006, p. 358) do oceano ignorado. No presente trabalho, portanto, procurou-se identificar uma parcela pouco conhecida responsável pela mudança comportamental. Como demonstrado, existem patologias que atuam de forma determinante no modo de ser do homem e, conseqüentemente, em suas interpretações.

4 A ESTRADA DO JURISTA

Como ensina Heidegger (2005, p. 31), nos movemos sempre na direção de uma compreensão do ser. Mover-se nessa direção é ensejar e desenhar o possível em cada compreensão que alargue o sentido da existência. Fugir da clausura da própria ignorância é o motivador deste escrito. O direito não pode mais ficar refém das subjetividades e precisa começar a enxergar o emaranhado subjetivo que o constrói.

Por ora, pretende-se apenas alargar o problema; se o ser humano é tão maleável que um parasita pode influenciar de forma severa em seu comportamento, como fica a questão do direito? Como os juristas devem se portar? Quais medidas devem ser tomadas? Bem, ainda não se sabe, mas o problema é bem mais complexo do que simplesmente propor uma doutrina fechada.

O grande desafio do homem é encontrar, por entre as atividades humanas, uma que enriqueça sua relação com o mundo (GUATTARI, 2000). Pois fica claro que cada vez mais, no desenrolar da história, percebe-se que a subjetividade depende de, ou faz-nos reconhecer que há uma dependência, de uma infinidade de sistemas que alguns autores chamam de maquínicos, querendo dizer que são reações, motivações que a subjetividade apreende (GUATTARI, 1996).

Não há nada que o homem encontre para interpretar que já não seja uma interpretação. Significância e interpretese não neuroses basais do ser humano (DELEUZE; GUATTARI, 1995, p. 65); escavar, aprender a lidar com o fantasma moderno que assombra os julgamentos sem ser notado é fundamental para reconhecer limitações e abrir possibilidades. A consciência é, talvez, uma das coisas que conduza a subjetividade, mas para dar a ela um papel principal, deve-se utilizá-la no intuito de conhecer de maneira mais profunda os pré-juízos.

Como propôs *Flavius Petrus Sabbatius Justinianus*, ou simplesmente Justiniano I: O direito é uma arte, a arte do bom e do justo (MADEIRA;

JUSTINIANO; CATALANO, 2009, p. 19). A manifestação de uma ordem estética - conhecida por arte - tem como seu veículo primordial a percepção do homem; é na arte que repousa a potência de uma produção de subjetividade com força para romper uma margem.

O direito se colocou demasiadamente aquém da margem, navegar até ela não é escolha, é escola! É perscrutar modos de vida que coincidam com o exercício da arte jurídica, cuidando e não se desfalecendo perante os processos de subjetivação. Como foi dito, navegar é escola e, por fim, deixa-se o ensinamento do poeta português: “navegar é preciso” (PESSOA, 2004, p. 841).

5 CONCLUSÃO

O objetivo do trabalho foi mostrar, primeiramente, a relação da subjetividade com as doenças que afetam o ser humano diariamente. Ou seja, demonstrar que o comportamento humano é submisso a circunstâncias que o homem pouco considera; os acontecimentos que molda e interferem no processo de subjetivação – por mais que o homem não os conheça – afetam diretamente nos modos de vida.

O modo de ser do homem diz respeito – e muito – acerca da compreensão que ele tem em face da ciência jurídica. Isso quer dizer que o direito depende das compreensões e pré-compreensões do ser que o aplica. Diante disso, é fundamental perscrutar por entre as infinidades que compõem os seres, as chaves comportamentais; procurar conceber os responsáveis pelas mudanças nos modos de vida e, também, aquilo que influencia no processo de subjetivação.

O homem é o que precisa ser conhecido, desvendado e trabalhado; não em um sentido de aplicar alguma doutrina ou técnica, pelo contrário, propor uma liberdade que o faça compreender seus horizontes perceptivos e o coloque não mais como um senhor: quanto mais conhecer as amarras que

o prendem, mais será livre o ser. Liberdade não é fazer aquilo que se quer; é, sem dúvida, entender porque faço isso ou aquilo.

REFERÊNCIAS

DELEUZE, G.; GUATTARI, F. *Mil platôs. Capitalismo e esquizofrenia (Vol. 2)*. São Paulo: Editora 34, 1995.

ENGELMANN, W. O bem humano como elemento motivador da (re) significação do conceito de direito. In: Org. BOFF, S. O.; DEL'OMO, F. de S. *Direito e Justiça – reflexões sociojurídicas*. Erechim: Ediuri, 2006.

GUATTARI, F. *Caosmose*. Tradução: Ana Lúcia de Oliveira e Lúcia Cláudia Leão. São Paulo: Editora 34, 2000.

GUATTARI, F. Da produção da subjetividade. In: PARENTE, A. (org.). *Imagem-máquina: a era das tecnologias do virtual*. Rio de Janeiro: Editora 34, 1996.

HEIDEGGER, M. *Ser e Tempo*. Tradução: Marcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

LAFFERTY, K. D. *Can the common brain parasite, Toxoplasma gondii, influence human culture?* Disponível em: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1635495/>. Acesso em: 17 fev. 2014.

MADEIRA, H. M. F.; JUSTINIANO I, I. R. do O.; CATALANO, P. D. de J. *Liber primus: introdução ao direito romano. Imperador do Oriente Justiniano I*. Tradução: Hécio Maciel França Madeira. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MCCONKEY, G. A. *et al. Toxoplasma gondii infection and behaviour – location, location, location?* Disponível em: <http://jeb.biologists.org/content/216/1/113.full>. Acesso em: 17 fev. 2014.

MERLEAU-PONTY, M. *Fenomenologia da Percepção*. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

NOVOTNÁ, M. *et al.* Probable neuroimmunological link between *Toxoplasma* and cytomegalovirus infections and personality changes in the human host. *BMC Infect Dis.*, p. 5-54, 2005. Disponível em: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1187888/#!po=2.77778>. Acesso em: 17 fev. 2014.

PESSOA, F. *Obra poética*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2004.

VYAS, A. *et al.* Behavioral changes induced by *Toxoplasma* infection of rodents are highly specific to aversion of cat odors. Disponível em: <http://www.pnas.org/content/104/15/6442.full#aff-1>. Acesso em: 17 fev. 2014.

WARAT, L. A. Direitos Humanos: subjetividade e práticas pedagógicas. In: SOUSA JUNIOR, J. G. de. *et al.* (org.). *Educando para direitos humanos: pautas pedagógicas para a cidadania na universidade*. Porto Alegre: Síntese, 2004.

WARAT, L. A. *Introdução Geral ao Direito. Vol I: Interpretação da Lei: Temas para reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

DISCURSO COLONIAL, ESTADO DEMOCRÁTICO E A DESIGUALDADE NO AMBIENTE URBANO

Marlei Angela Ribeiro dos Santos¹

Thais Janaina Wenczenovicz²

Resumo: A desigualdade é um elemento presente nas sociedades contemporâneas, em várias culturas e diversos espaços geográficos. A pobreza gerou marcas segregatórias afetas às práticas de inferiorização, opressão, singularização e subalternidade de povos codificados, identificados e ressignificados pelo ideário do colonialismo e de colonialidade, com destaque aos coletivos de baixa renda, afro-descendência e indígena. A desigualdade no ambiente urbano se apresenta de forma clarividente na ocupação do solo e divisão geoespacial das cidades. No Brasil, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), mais de 11 milhões de pessoas vivem em favelas ou em moradias consideradas precárias. Uma moradia adequada é um local que apresenta sistema de fornecimento de água, esgoto, coleta de lixo e, no máximo, duas pessoas por dormitório. Entretanto, apenas 52% da população brasileira vive em condições regulares de residência, segundo o próprio IBGE. Acresce-se também o fato de mais de 32 mil

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais Cíveis na Universidade do Oeste de Santa Catarina (2019-), Bolsista do Programa UNIEDU - FUMDES Pós-graduação na área de concentração Dimensões Materiais e Eficácia dos Direitos Fundamentais, Linha de Pesquisa: Direitos Fundamentais Sociais. Especialista em Direito Civil, Processo Civil e Docência na Educação Superior - Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas FACISA (2013); Especialista em Gestão, Licenciamento e Auditoria Ambiental Universidade do Norte do Paraná (2013); Especialista em Direito Ambiental - Centro Universitário Leonardo da Vinci (2013); Especialista em Direito Público e Privado: Material e Processual - Universidade do Oeste de Santa Catarina (2018); Módulo I do Curso de Preparação para a Magistratura do Estado de Santa Catarina - Escola Superior na Magistratura do Estado de Santa Catarina (2018). Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas - FACISA (2014); Tecnóloga em Gestão Ambiental Universidade Norte do Paraná (2012). Discente da Escola da Magistratura de Santa Catarina - ESMESC. Atua como advogada (OAB/SC 45.716) com vasta performance nas áreas criminal, cível, ambiental e empresarial.

² Doutora em História pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Mestre em História Regional pela Universidade de Passo Fundo; Professora adjunta/pesquisadora sênior na Universidade Estadual do Rio Grande do Sul; Professora titular no Programa de Pós-graduação em Educação da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul e no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora colaboradora no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Educação da Universidade Estadual do Paraná; t.wencze@terra.com.br

peças viverem em situação de rua no país. A legislação estabelece a ampla distribuição de direito social, especialmente a moradia digna que deve ser assegurada pelo Estado, cumprindo a incumbência do direito democrático, contudo o efeito da colonialidade ainda se faz presente nas sociedades atuais por meio dos reflexos da exclusão e desassistência do Estado. O estudo tem por base o procedimento metodológico bibliográfico-investigativo.

Palavras-chave: Ambiente Urbano. Colonialidade. Democracia. Desigualdade.

1 INTRODUÇÃO

Historicamente, foram legitimadas as práticas de racismo ideológico, social e biológico entre indivíduos da coletividade, emergiram relações de superioridade e inferioridade entre dominantes e dominados. O fator dominação social universal identificou e resignificou indivíduos determinando lugares na sociedade, inclusive no ambiente urbano o qual identificamos as assimetrias sociais e de capital, lugares nobres para determinados indivíduos, brancos, burgueses, com poder de capital, persistindo o sistema da colonialidade destinam-se os locais de exclusão para os negros, indígenas, pardos, sem poder de capital.

O Brasil tem forte influência da cultura europeia e portuguesa desde o advento da colonização da América, inevitavelmente a influência da colonialidade foi imposta como ideologia de evolução global racional, racial, capitalista, hegemônica, fato que foram ignoradas as multiculturalidades dentro do contexto coletivo.

Imperiosa é a legislação brasileira com relação à distribuição e efetivação de direitos sociais a todos os indivíduos, mas o sistema hegemônico permanece com estrutura de controle de divisão de trabalho e a utilização de classes inferiorizadas para produção, apropriação e distribuição de produtos articulados em torno da relação capital.

O ambiente urbano apresenta de forma muito clara as situações de opressão diversas como o racismo, a desigualdade e a exclusão de gênero,

todos elementos presentes no sistema eurocêntrico justificado pela ideia emancipatória de caráter civilizatório, interpretando-se como naturais as assimetrias e as desigualdades sociais.

O artigo divide-se em três partes: Colonialidade, Capitalismo e a Formação das Sociedades Urbanas; Multiculturalidade, Desigualdade e Racismo Urbano; Constitucionalismo e Democracia: Desigualdade Urbana, utilizamos do procedimento metodológico bibliográfico-investigativo com ênfase nos pensadores do Grupo Latino-americano de Estudos Subalternos e Epistemologias do Sul.

2 COLONIALIDADE, CAPITALISMO E A FORMAÇÃO DAS SOCIEDADES URBANAS

O período colonial na América se iniciou a partir do ano de 1.500 até 1.831, lapso temporal que o sistema do colonialismo foi implantado pelos colonizadores sob ideologia de dominação do território, povos e capital, impondo-se a supremacia racial do dominante sobre o dominado com a justificativa de evolução global. No período pós-colonial a colonialidade foi difundida sob os efeitos da imposição hegemônica, produzida e reproduzida nas sociedades até os dias atuais:

A colonialidade é um dos elementos constitutivos e específicos do padrão mundial do poder capitalista. Sustenta-se na imposição de uma classificação racial/étnica da população do mundo como pedra angular do referido padrão de poder e opera em cada um dos planos, meios e dimensões, materiais e subjetivos, da existência social quotidiana e da escala societal. Origina-se e mundializa-se a partir da América. Com a constituição da América (Latina), no mesmo momento e no mesmo movimento históricos, o emergente poder capitalista torna-se mundial, os seus centros hegemônicos localizam-se nas zonas situadas sobre o Atlântico – que depois se identificarão como Europa – e como eixos centrais do seu

novo padrão de dominação estabelecem-se também a colonialidade e a modernidade. (QUIJANO, 2009, p. 73).

Neste sentido a modernidade, colonialidade e o capitalismo têm íntima ligação na formação das sociedades atuais conforme a teoria da decolonialidade desenvolvida pelo grupo multidisciplinar de estudos subalternos e Epistemologias do Sul,³ Modernidade/Colonialidade, vanguardado pelo saudoso filósofo Anibal Quijano, e por vários outros *experts* ao exemplo de Henrique Dussel, Walter Dignolo e Boaventura Sousa Santos. O projeto Modernidade/Colonialidade é um movimento acadêmico de intelectuais que estudam a partir da América Latina com foco desde a colonialidade e a interpretação dos processos civilizatórios, avaliando os aspectos de razão, verdade, liberdade e justiça.

Desde os anos 1990 o movimento Modernidade/Colonialidade vem promovendo uma renovação teórica com importantes implicações políticas. A revisão dos fundamentos do conhecimento, instituições e valores ocidentais, subsumida no termo “colonialidade”, permitiu aos diversos membros do grupo desenvolverem estratégias de pesquisas e intervenções teóricas críticas orientadas por uma ética libertária. São iniciativas que partem das universidades e visam instaurar uma relação orgânica com os modos de resistência, visões de mundo e utopias dos povos e grupos sociais que sofreram ao longo da história um reatualizado processo de silenciamento que tem na globalização neoliberal sua face mais contemporânea. (FREITAS, 2018, p. 145).

³ Segundo Santos e Meneses (2009, p. 183): A expressão Epistemologias do Sul é uma metáfora do sofrimento, da exclusão e do silenciamento de povos e culturas que, ao longo da história, foram dominados pelo capitalismo e colonialismo. Colonialismo, que imprimiu uma dinâmica histórica de dominação política e cultural submetendo à sua visão etnocêntrica o conhecimento do mundo, o sentido da vida e das práticas sociais. Afirmção, afinal, de uma única ontologia, de uma epistemologia, de uma ética, de um modelo antropológico, de um pensamento único e sua imposição universal.

O fundamento do conhecimento realizado pelo grupo de estudiosos avalia as instituições e valores ocidentais subsumida à colonialidade pelas intervenções teóricas e críticas orientadas por uma ética libertária. Grande parte da energia do grupo se concentra na tarefa de mostrar como a visão sobre a modernidade e sobre os efeitos da globalização em curso, pelo sistema hegemônico, eurocentrico da colonialidade que ainda se faz presente nas sociedades.

A globalização em curso é, em primeiro lugar, a culminação de um processo que começou com a constituição da América e do capitalismo colonial/moderno e eurocentrado como um novo padrão de poder mundial. Um dos eixos fundamentais desse padrão de poder é a classificação social da população mundial de acordo com a ideia de raça, uma construção mental que expressa a experiência básica da dominação colonial e que desde então permeia as dimensões mais importantes do poder mundial, incluindo sua racionalidade específica, o eurocentrismo. (QUIJANO, 2005, p. 117).

Inexoravelmente, a formação das sociedades e grupos sociais advêm do processo de controle, exploração, apropriação do capital, articulados e construídos na base do trabalho escravo e exploração de mão de obra dos povos. Assim também se estabeleceu o controle e condição dos subalternos, identificados, classificados e colocados no contexto de serviência diante da colonialidade, produtora e reprodutora de vários tipos de violências pelo padrão global de controle que se apropria de recursos e produtos, constituindo-se predominante a ideologia capitalista imposta nas sociedades atuais.

O meu argumento é que se esta realidade é tão verdadeira hoje como era no período colonial. O pensamento moderno ocidental continua a operar mediante linhas abissais que dividem o mundo humano do sub-humano de tal forma que princípios de humanidade não são postos em causa por práticas desumanas. As colônias representam um modelo de exclusão radical que permanece atualmente

no pensamento e práticas modernas ocidentais tal como aconteceu no ciclo colonial. Hoje, como então, a criação e ao mesmo tempo a negação do outro lado da linha fazem parte integrante de princípios e práticas hegemônicos. (SANTOS, 2007, p. 76).

No mesmo sentido, Mignolo (2017, p. 5) cita Quijano na sua formulação original, o “patrón colonial de poder” (matriz colonial de poder) foi descrito como quatro domínios inter-relacionados: controle da economia, da autoridade, do gênero e da sexualidade, e do conhecimento e da subjetividade. Os eventos se desdobraram em duas direções paralelas. Uma foi a luta entre Estados imperiais europeus, e a outra foi entre esses Estados e os seus sujeitos coloniais africanos e indígenas, que foram escravizados e explorados. O que sustenta as quatro “cabeças” ou âmbitos inter-relacionados de administração e controle (a ordem mundial), são as duas “pernas”, ou seja, o fundamento racial e patriarcal do conhecimento (a enunciação na qual a ordem mundial é legitimada).

Sobre o padrão de poder implantado pela colonialidade, Quijano (2005, p. 117) esclarece que existem dois processos históricos que convergiram e se associaram na produção do referido espaço/tempo e estabeleceram-se como os dois eixos fundamentais do novo padrão de poder. Por um lado, a codificação das diferenças entre conquistadores e conquistados na ideia de raça, ou seja, uma supostamente distinta estrutura biológica que situava a uns em situação natural de inferioridade em relação a outros. Essa ideia foi assumida pelos conquistadores como o principal elemento constitutivo, fundacional, das relações de dominação que a conquista exigia. Nessas bases, consequentemente, foi classificada a população da América, e mais tarde do mundo, nesse novo padrão de poder. Por outro lado, a articulação de todas as formas históricas de controle do trabalho, de seus recursos e de seus produtos, em torno do capital e do mercado mundial.

A formação das sociedades e das cidades seguiram a base de divisão dos espaços conforme as classes, de elite, branca, com poder de capital, área nobre, locais urbanos e dos subalternizados, (indivíduos negros, indígenas, mestiços,) destinou-se morros, encostas, periferias, assim como, locais mais lógicos. Todo este movimento de divisão de espaços e identidades são justificados dentro do padrão de modernidade.

Dussel (2005, p. 30) contextualiza a modernidade, como novo “paradigma” de vida cotidiana, de compreensão da história, da ciência, da religião, surge ao final do século XV e com a conquista do Atlântico. O século XVII já é fruto do século XVI; Holanda, França e Inglaterra representam o desenvolvimento posterior no horizonte aberto por Portugal e Espanha. A América Latina entra na Modernidade (muito antes que a América do Norte) como a “outra face”, dominada, explorada, encoberta. Se a Modernidade tem um núcleo racional *ad intra forte*, como “saída” da humanidade de um estado de imaturidade regional, provinciana, não planetária, essa mesma Modernidade, por outro lado, *ad extra*, realiza um processo irracional que se oculta a seus próprios olhos. Ou seja, por seu conteúdo secundário e negativo mítico, a “Modernidade” é justificativa de uma *práxi* irracional de violência.

Neste contexto, compreendemos que a modernidade hegemônica oculta a multiculturalidade, conhecimentos, saberes, cultura dos povos, ou seja, pela hegemonia europeia que articulou toda forma de trabalho, estruturas sociais e exploração de capital para atender o capitalismo mundial, impondo-se a cultura do dominante.

El Primer Eje de Cuestiones, que a partir del momento actual de su pensamiento hemos titulado “Totalidad, heterogeneidad históricoestructural del poder y las tendencias de la crisis raigal de la colonialidad global del poder” aborda la exigencia de cuestionar la existencia social como una totalidad multidimensional compuesta por elementos históricamente heterogéneos articulados por un patrón de poder. Ello implicó desde el principio comprender las particularidades de América

Latina y de cada uno de sus países dentro de su articulación con el capitalismo mundial. (QUIJANO, 2014, p. 18).

O efeito da colonialidade foi consolidado pela sociedade sistematizada e organizada pelas relações de dominação universal e racionalidade global que impôs a separação racial, codificação e de ressignificação de identidades, evento que resultou em situação natural de inferioridade, abominação, extinção de povos, descobertas mentais, culturais, étnicas pelos processos genocidas, etnocidas, e memoricidas que evidentemente ainda continuam ocorrendo pelo sufocamento de identidades multiculturais no contexto espaço e tempo das sociedades atuais.

O mundo é um complexo mosaico multicultural. Todavia, ao longo da modernidade, a produção do conhecimento científico foi configurada por um único modelo epistemológico, como se o mundo fosse monocultural, que descontextualizou o conhecimento e impediu a emergência de outras formas de saber não redutíveis a esse paradigma. Assistiu-se, assim, a uma espécie de epistemicídio, ou seja, à destruição de algumas formas de saber locais, à inferiorização de outros, desperdiçando-se, em nome dos desígnios do colonialismo, a riqueza de perspectivas presente na diversidade cultural e nas multifacetadas visões do mundo por elas protagonizadas. (SANTOS, 2005, p. 183).

Reafirmando esta lógica, Maricato (2003, p. 151) escreve que o processo de urbanização brasileiro se deu, praticamente, no século XX, no entanto, ao contrário da expectativa de muitos, o universo urbano não superou algumas características dos períodos colonial e imperial, marcados pela concentração de terra, renda e poder, pelo exercício do coronelismo ou política do favor e pela aplicação arbitrária da lei.

Para Mignolo (2017, p. 8), a “colonialidade” envolveu a “natureza” e os “recursos naturais” em um sistema complexo de cosmologia ocidental, estruturado teologicamente e secularmente. Também fabricou um sistema

epistemológico que legitimava os seus usos da “natureza” para gerar quantidades maciças de “produtos” agrícolas, primeiro, e quantidades maciças de “recursos naturais” após a Revolução Industrial. O primeiro ainda foi o período da regeneração; com o segundo, entramos no período da reciclagem. A revolução industrial e tecnológica também possibilitou a industrialização de “produtos” agrícolas e a mercantilização do alimento e da vida.

Neste sentido, o efeito eurocêntrico da colonialidade ainda faz parte das estruturas das sociedades atuais, obviamente refletindo na organização social e do meio urbano, na codificação, ressignificação, separação racial e de capital, resultando em processos de marginalização, exploração e desigualdade, facilmente identificado em qualquer ambiente urbano das cidades.

3 MULTICULTURALIDADE, DESIGUALDADE E RACISMO URBANO

A sociedade e o ambiente urbano são compostos por uma pluralidade de experiências e percepções na vida humana, incluindo a multiculturalidade dos indivíduos advindos dos mais variados locais, regiões e espaços geográficos, sejam nacionais e até internacionais, que se estabelecem muitas vezes de forma improvisada em aglomerados populacionais, sem a devida atenção aos princípios básicos de vida humana e social com relação a moradia digna.

Entendemos por multiculturalidade a origem autodeterminante de cada indivíduo que deve ser respeitada dentro da existência de sua dignidade, situação irrelevante diante da ideologia hegemônica de poder que organiza e separa os indivíduos conforme a condição social, raça e gênero que evidentemente configura a continuidade do efeito da colonialidade também no ambiente urbano.

Contrário ao pensamento de que racismo é uma ideologia ou uma superestrutura derivada das relações econômicas,

a ideia de colonialidade estabelece que o racismo é um princípio constitutivo que organiza, a partir de dentro, todas as relações de dominação da modernidade. O racismo é um princípio constitutivo que organiza, a partir de dentro, todas as relações de dominação da modernidade, desde a divisão internacional do trabalho até as hierarquias epistêmicas, sexuais, de gênero, religiosas, pedagógicas, médicas, junto com as identidades e subjetividades, de tal maneira que divide tudo entre as formas e os seres superiores (civilizados, hiper-humanizados e etc, acima da linha do humano) e outras formas e seres inferiores (selvagens, bárbaros, desumanizados, etc., abaixo da linha do humano). (GROSFOGUEL, 2019, p. 59).

Considerando a quantidade de pessoas que vivem de forma improvisada nas periferias e locais de exclusão ainda há de ser considerado o processo de inserção dos imigrantes na sociedade brasileira. Além da falta de estabelecimento de moradia digna os indivíduos convivem com a dificuldade de regularização de documentação, seguridade social e trabalho descente no sentido amplo da palavra, significando mais uma situação de exclusão vivida por homens, mulheres e crianças.

Os imigrantes após o acolhimento vão em busca de moradias, que em princípio são moradias coletivas, vinculadas a redes sociais que os imigrantes pertencem. Em geral as residências são alugadas, possuem em média de 4 a 5 moradores, são de extrema precariedade, localizadas em regiões degradadas e marginalizadas dos centros urbanos, e em bairros distantes dos centros urbanos, ambientes propícios para contato com drogas e violência. (SILVA, 2018, p. 84).

Borges (2019) colabora nesse sentido escrevendo que é possível fazer uma rápida reflexão e conexão com elites antinacionais brasileiras: essa relação e essa formação da psique brasileira estão muito mais próximas à ideologia racista do que podemos imaginar. Aliás, está constituída a partir da ideologia

racista. Ser superior significa ser de fora, segundo esse pensamento fundante. O racismo institucional, casado à expressão discriminatória e à violência racista do país se configura nessa necessidade de distinção e, portanto, de inferiorização do outro que se pretende explorar e também exterminar. A ascensão de negros e negras a bens de consumo veio casada com um aumento abrupto da violência sofrida por essa parcela da população como uma resposta sistêmica para que as desigualdades baseadas nas hierarquias raciais permaneçam.

A cidade se transforma não apenas em razão de “processos globais” relativamente contínuos (tais como o crescimento da produção material no decorrer das épocas, com suas consequências nas trocas, ou o desenvolvimento da racionalidade) como também em função de modificações profundas no modo de produção, nas relações “cidade-campo”, nas relações de classe e de propriedade. O trabalho correto consiste aqui em ir dos conhecimentos mais gerais aos conhecimentos que dizem respeito aos processos e às descontinuidades históricas, à sua projeção ou refração na cidade, e inversamente, dos conhecimentos particulares e específicos referentes à realidade urbana para o seu contexto global. (LEFEBVRE, 2008, p. 58-59).

Maricato (2003), relata que a segregação urbana ou ambiental é uma das faces mais importantes da desigualdade social e parte promotora da mesma. A dificuldade de acesso aos serviços e infraestrutura urbanos (transporte precário, saneamento deficiente, drenagem inexistente, dificuldade de abastecimento, difícil acesso aos serviços de saúde, educação e creches, maior exposição à ocorrência de enchentes e desmoronamentos etc.) somam-se menos oportunidades de emprego (particularmente do emprego formal), menos oportunidades de profissionalização, maior exposição à violência (marginal ou policial), discriminação racial, discriminação contra mulheres e crianças, difícil acesso à justiça oficial, difícil acesso ao lazer. A lista é interminável.

A separação entre a cidade e o campo toma lugar entre as primeiras e fundamentais divisões do trabalho, com a divisão dos trabalhos conforme os sexos e as idades (divisão biológica do trabalho), com a organização do trabalho segundo os instrumentos e as habilidades (divisão técnica). A divisão social do trabalho entre a cidade e o campo corresponde à separação entre o trabalho material e o trabalho intelectual e, por conseguinte, entre o natural e o espiritual. A cidade incumbe o trabalho intelectual: funções de organização e de direção, atividades políticas e militares, elaboração do conhecimento teórico (filosofia e ciências). (LEFEBVRE, 2008, p. 36).

Neste sentido, se analisarmos a forma como os indivíduos de baixa renda possuem suas moradias localizada nas encostas, morros e periferias, sem acesso a grande maioria de direitos sociais mínimos, é inevitável a observação do efeito da globalização racial que determina que os brancos, ricos e poderosos estejam no centro de todo e qualquer sistema de aglomeração de trabalho e capital. Contudo, o conceito de moradia excede consideravelmente aquele abarcando todo o contexto de estrutura física, perpassando por todas as condições de vida, acesso às relações sociais, de trabalho decente, econômicas, saneamento, saúde e bem-estar necessárias dentro da organização urbana das cidades.

Se estivéssemos que apontar apenas um elemento comum e o suficientemente forte para definir cidades brasileiras histórica e regionalmente distintas, este seria sem dúvida a existência (e permanência no tempo) de contrastes profundos entre condições urbanas radicalmente distintas convivendo, muitas vezes conflitando, no interior da mesma cidade. Os morros e o asfalto na zona sul do Rio de Janeiro, o centro e as periferias da metrópole paulistana, o mangue e a orla na cidade beira mar são traduções territorialmente distintas da desigualdade de oportunidades urbanas que define nossas cidades. Mais do que expressar diferenças econômicas e sociais, este contraste tem implicações profundas na forma e no funcionamento das cidades. (ROLNIK, 1999, p. 100).

Harvey (2012), relata que desde o início, as cidades emergiram da concentração social e geográfica do produto excedente. Portanto, a urbanização sempre foi um fenômeno de classe, já que o excedente é extraído de algum lugar e de alguém, enquanto o controle sobre sua distribuição repousa em umas poucas mãos. Esta situação geral persiste sob o capitalismo, claro, mas como a urbanização depende da mobilização de excedente, emerge uma conexão estreita entre o desenvolvimento do capitalismo e a urbanização. Os capitalistas têm de produzir excedente para obter mais-valia; esta, por sua vez, deve ser reinvestida a fim de ampliar a mais-valia.

Seria ilusório acreditar que um tratamento igualitário de todos os cidadãos será alcançado se o Estado se silenciar na sua relação com diferentes culturas, sem reconhecer distinções que existem entre elas na prática devido a um receio de que incentivaria discriminações. Qualquer linguagem utilizada em espaço público por órgãos e agentes estatais advém de uma estrutura cultural, de modo que algum grau de privilégio seria inevitavelmente dado a uma cultura em particular. A busca da igualdade implicaria direitos de grupos às minorias para que elas não sejam aniquiladas pela maioria. (IVES, 2016, p. 5).

É notável a grande massa de indivíduos que rumam para as grandes cidades em busca de uma oportunidade de trabalho a cada ano, inegavelmente não possuem condições de uma moradia digna, bem como não tem condições de serem beneficiados por financiamentos para aquisição de uma moradia, fato que acabam se aglomerando em áreas de risco, com deficiência de sustentabilidade de vida digna, cultural, social e até educacional, elementos que não causam grande preocupação nos governantes, haja vista as reiteradas intenções eleitorais, quanto maior a população, maior a possibilidade de eleitores para se barganhar votos pela distribuição de pequenos benefícios paliativos.

Aparentemente constata-se que é admitido o direito à ocupação, mas não o direito à cidade. A maior tolerância e condescendência em relação à produção ilegal do espaço

urbano vem dos governos municipais aos quais cabe a maior parte da competência constitucional de controlar a ocupação do solo. A lógica concentradora da gestão pública urbana não admite a incorporação ao orçamento público da imensa massa, moradora da cidade ilegal, demandatária de serviços públicos. Seu desconhecimento se impõe, com exceção de ações pontuais definidas em barganhas políticas ou períodos pré-eleitorais. Essa situação constitui, portanto, uma inesgotável fonte para o clientelismo político. (MARICATO, 2003, p. 157).

O IBGE (2016), em pesquisa realizada trata que a diferença é maior na categoria moradia própria – ainda pagando, que, em 2015, correspondia a 6,1% dos domicílios particulares permanentes com pessoas de referência brancas e apenas 3,9% (ou seja, 36% menor) dos domicílios de pessoas de referência pretas ou pardas. Esse padrão vem se repetindo em todos os anos da série histórica desde 2007, indicando que a população preta ou parda tem acesso mais restrito aos programas de crédito habitacional, seja em função de possuir um rendimento domiciliar per capita menor, seja pela maior informalidade no mercado de trabalho, ou mesmo pela ausência de garantias e documentação, características da população mais empobrecida. No caso dos domicílios alugados, o aluguel pode comprometer uma parcela elevada da renda domiciliar, dificultando a satisfação de outras necessidades dos moradores. Um indicador que monitora a acessibilidade econômica dos domicílios alugados é a proporção de domicílios onde o valor do aluguel mensal iguala ou excede 30% da renda domiciliar mensal – situação classificada, neste capítulo, como de ônus excessivo com aluguel.

Refletir em um primeiro momento estabelecer as relações existentes entre racismo e reconhecimento, demonstrando a maneira pela qual foi construída a figura do negro como o Outro e os impactos do racismo na conformação das identidades. O objetivo de demonstrar os principais danos sofridos por pretos e pardos tradicionalmente submetidos a uma imagem depreciativa sobre si mesmos, além de chamar a atenção para o fato de que o sofrimento

gerado por essa condição, ao invés de aprisionar esses grupos em uma condição social degradante, impele-os a resistir contra ela. (PIRES, 2016, p. 117).

Desta forma, a cidade é obra a ser associada mais com a obra de arte do que com o simples produto material. Se há uma produção da cidade, e das relações sociais na cidade, é uma produção e reprodução de seres humanos por seres humanos, mais do que uma produção de objetos. A cidade tem uma história; ela é a obra de uma história, isto é, de pessoas e de grupos bem determinados que realizam essa obra nas condições históricas. As condições, que simultaneamente permitem e limitam as possibilidades, não são suficientes para explicar aquilo que nasce delas, nelas, através delas. Assim era a cidade que a idade média ocidental criou. Animada, dominada por mercadores e banqueiros, essa cidade foi a obra deles. (LEFEBVRE, 2008).

Pires (2016) menciona que essa relação desproporcional entre as condições de vida é atribuída por pensadores da teoria social brasileira ao preconceito racial brasileiro que as fundamenta. O sistema de privilégios usufruídos pelos brancos acaba por trazer impactos danosos a sadia conformação das identidades dos não brancos, estes entendidos como pretos, pardos, orientais e indígenas. Fica patente que o olhar projetado sobre a sociedade brasileira não é bipolarizado.

A falta de moradia adequada e a questão de racismo hegemônico são vivenciadas não apenas no Brasil, mas em vários locais do mundo, em que indivíduos são excluídos dos locais de concentração de capital, restando locais de exclusão para fixação de moradia, que evidentemente não atendem aos requisitos de distribuição e atendimento de direitos sociais mínimos para serem utilizados como habitação. Existem muitas moradias que sequer possuem acesso à rede de eletricidade, esgoto e saneamento básico, muitas as margens de rios, propensas aos fatores de riscos e inundações, muitas em morros muito inclinados, sob a eminência de deslizamentos em períodos de chuva intensa.

Impreterivelmente quando observamos o contexto urbano identificamos as limitações sociais, o desrespeito ao multiculturalismo dos indivíduos na coletividade, o racismo ideológico, a negação do acesso a moradia digna e a desigualdade acentuada, ferindo os princípios constitucionais da democracia social do Estado democrático de direito.

4 CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: DESIGUALDADE URBANA

Analisando a trajetória histórica do Brasil, é marcante a permanência dos processos de desigualdades e assimetrias sociais advindos da colonialidade, impreterivelmente pelo acúmulo de capital em regiões nobres, onde o acesso aos bens de consumo e condições de moradia são restritamente estendidos ao padrão estabelecido pela divisão de raça, ignorando-se a diversidade cultural que fica sufocada e acondicionada aos locais turísticos com finalidade de publicidade como, por exemplo, o carnaval que exhibe lindas mulheres negras para o atendimento de terceiro interesse que não a cultura e sim a geração de capital para os detentores do poder.

Acredita-se, de igual modo, que a abertura do diálogo entre as culturas, com respeito à diversidade e com base no reconhecimento do outro, como ser pleno de dignidade e direitos, é condição para a celebração de uma cultura dos direitos humanos, inspirada pela observância do “mínimo ético irredutível”, alcançado por um universalismo de confluência. Esse universalismo de confluência, fomentado pelo ativo protagonismo da sociedade civil internacional, a partir de suas demandas e reivindicações morais, é que assegurará a legitimidade do processo de construção de parâmetros internacionais mínimos voltados à proteção dos direitos humanos. (PIOVESAN, 2013, p. 217).

As assimetrias sociais resultam em processo de acúmulo de capital em determinadas regiões e grupos de indivíduos, fato que no âmbito do

direito o Estado tem a obrigação de regular, organizar e pacificar por meios de legislação e políticas públicas, buscando atender os direitos essenciais com relação de geração e distribuição de renda, trabalho, alimentação, saúde, educação e moradia. No Brasil, desigualdades sociais analisadas territorialmente são alarmantes, diante de um espaço proeminente demográfico emerge a compreensão de vários outros fatores determinantes para assimetrias e desigualdades como consequências na mobilidade urbana e a obtenção de direitos fundamentais.

O direito de igualdade não tem merecido tantos discursos como a liberdade. As discussões, os debates doutrinários e até as lutas em torno desta obnubilaram aquela. É que a igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. Por isso é que a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade contrária de seus interesses e dá a liberdade sentindo material que não se harmoniza com o domínio de classe em que se assenta a democracia liberal burguesa. (SILVA, 2015, p. 213).

Silva (2012, p. 174) considera que essa íntima relação, na maior parte do tempo histórico de vida do Brasil, sempre se manifestou de forma incipiente, pois que o direito à moradia é marcado pela sua não concretização, o que acaba por enfraquecer o próprio direito individual, a uma porque as habilitações nas quais grande parcela da população brasileira vive não se afiguram como adequadas à proteção de sua privacidade, e a duas porque o só-fato de não haver habitação suficiente para a maioria das pessoas impede que se manifeste a casa como asilo inviolável do indivíduo num grau por assim dizer mais intenso de proteção.

Por outra parte, si consideramos que el problema de la inclusión de tales objetivos em la Constitución, así como el reconocimiento de los derechos sociales em el plano constitucional, por sí mismo no aseguró, em muchos casos, niveles adecuados de

protección social y bienestar, se contata que el problema de la realización efectiva de la justicia social es algo que está de hecho vinculado a la inserción de objetivos y derechos sociales em las constituciones em especial cuando existe um sistema de garantías e instrumentos adecuado, pero em buena medida depende de otros factores que escapan al derecho y a las posibilidades de los derechos. (SARLET, 2010, p. 39).

Canotilho (2008, p. 183) ensina que o primeiro argumento a favor do ambiente como direito é este: só o reconhecimento de um direito subjetivo ao ambiente permitirá, em termos jurídico-constitucionais, recortar o ambiente como *bem jurídico autónomo*, não dissolvido na proteção de outros bens constitucionalmente relevantes. Por outras palavras: a proteção de alguns direitos fundamentais ambientalmente relevantes como a vida, integridade física, propriedade privada, saúde, não logra obter uma proteção específica e global do ambiente.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, declara de forma clara os direitos sociais no artigo sexto: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, 1998).

O que se percebe, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e autonomia, igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar mero objeto de arbítrio e injustiças. Tudo, portanto, converge no sentido de que também para ordem jurídico-constitucional a concepção do homem-objeto (ou homem-instrumento), com todas as consequências daí podem e devem ser extraídas, constitui juntamente a antítese da noção de dignidade da pessoa, embora esta, à evidência, não possa

ser, por sua vez, exclusivamente formulada no sentido negativo (de exclusão de atos degradantes e desumanos), já que assim se estaria e restringir demasiadamente o âmbito de proteção de dignidade. (SARLET, 2011, p. 71-72).

Canotilho (2008, p. 77) lembra que, em *prima facie*, seríamos tentados a dizer que, nos direitos de defesa, existe um direito a prestações do Estado: conformação e ordenação, pelo Estado, das relações jurídicas privadas, de modo a evitar a violação de direitos, e criação de instrumentos processuais ou procedimentais adequados à defesa e garantia desses direitos de defesa apresentam problemas semelhantes aos dos modernos direitos a prestações (direito à saúde, direito à escola, direitos à habitação).

O princípio do tratamento igual, no sentido politicamente relevante exige que o Estado trate todos seus cidadãos da mesma maneira nos aspectos relevantes, por exemplo, na distribuição de um recurso ou oportunidade. Por outro lado, o princípio de tratar as pessoas como iguais preocupação e respeito. Este princípio pode, por vezes exigir um tratamento igual, ou seja, uma igual distribuição de recursos, mas pode também ocasionalmente ditar um tratamento desigual. Tratar grupos como iguais é completamente consistente com tratamento diferenciado. (BHARGAVA, 2018, p. 72).

Silva (2012) acrescenta que por direito à moradia não se deve entender apenas o direito à casa própria, mas também o direito a uma residência que configura dignidade à pessoa, o que produz a distinção entre direito à moradia e direito de propriedade, acrescida do sentido expresso no oferecimento de condições de possibilidade para que as pessoas aluguem bens imóveis. Esta concepção é bastante relevante porque demonstra a ligação que pode existir entre um direito social e um direito individual.

Permeando os direitos democraticamente escolhidos e constitucionalmente assegurados aos indivíduos, entendemos que o direito de uma moradia digna tem incluído como um critério necessário o de

privacidade e intimidade familiar, evidentemente ainda existem outros fatores que são preponderantes dentro de uma democracia, os quais sejam, o acesso aos demais direitos, ou seja, a moradia digna, localizada em local salubre, com rede de água, esgoto, energia e saneamento básico, onde os indivíduos que residam no local não estejam com dignidade humana comprometida. Neste contexto é notável a assimetria de outras localidades urbanas que dispõem de todos os elementos condizentes às expectativas humanas de vida, contudo é habitada por outro grupo de indivíduos com condição e poder de capital seletivo.

Esse é daqueles direitos que tem duas faces: uma negativa e uma positiva. A primeira significa que o cidadão não pode ser privado de uma moradia nem impedido de conseguir uma, no que importa em abstenção do Estado e de terceiros. A segunda, que é a nota principal do direito à moradia, como dos mais direitos sociais, consiste no direito de obter uma moradia digna e adequada, revelando como um direito positivo de caráter prestacional, porque legitima a pretensão do seu titular à realização do direito por via positiva do Estado. (SILVA, 2015, p. 319).

Nunes Júnior (2018, p. 1101) cita Robert Alexy no seguinte sentido: não obstante a maioria das normas jurídicas definidoras dos direitos sociais são princípios, normas de alto grau de abstração (moradia, alimentação, segurança, transporte etc.). Ao contrário das regras, os princípios determinam que algo seja realizado na maior parte possível, admitindo uma aplicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades físicas e jurídicas existentes. São, portanto, mandamentos de otimização. Malgrado a eficácia jurídica seja limitada, em razão do seu menor poder de produzir efeitos concretos imediatos na sua plenitude, tais normas devem ser estudadas em duas perspectivas: uma perspectiva objetiva e uma perspectiva subjetiva.

A Declaração dos Direitos Humanos (2009, p. 13) Artigo XXV trata que

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Entendemos que sob o ponto de vista teórico e social, a relação de dominação, envolve o interesse econômico, capital, poder, político, interligados entre si, assegurado uma significância de direitos humanos imposta desde a colonialidade, legitimando-se o efeito da racionalidade e da evolução mundo globalizado hegemônico, circunstância que o multiculturalismo fica em outro patamar, que não aquele que realmente reconhece a existência de dignidade dos indivíduos inseridos nos contexto social, e principalmente urbano.

5 CONCLUSÃO

Concluimos que a ideologia hegemônica eurocêntrica permanece de forma latente nos dias atuais nas sociedades urbanas, quando analisamos a forma que as comunidades estão distribuídas e organizadas com clarividente assimetria social, desigualdade, opressão e exclusão de indivíduos marginalizados dos ambientes de prestígio econômico e racial. Tal efeito da colonialidade faz parte das estruturas de divisão social, que articulam a acumulação de capital e também a organização e divisão de ambientes urbanos.

A multiculturalidade dos indivíduos integrantes da coletividade urbana é esmagada e esquecida pela imposição do sistema racista que produz um só padrão como sendo inquestionável. O ambiente urbano consagra-se uma arena de violências e enfrentamento aos padrões de dignidade humana dos muitos que têm suas moradias nas encostas, periferias, localidades onde a obtenção de direitos sociais não se efetiva dentro do padrão democrático brasileiro.

Superar o universalismo da ideologia de globalização que implantou verdades absolutas, excluindo as diferenças, é buscar o cumprimento dos padrões constitucionais do Estado de direito, reconstruindo a dignidade a partir do outro, procurando a resolução do efeito degradante da desigualdade impregnado no ambiente urbano.

Prevalece, a necessidade de dizimação das injustiças pela adoção de ações de ressignificações sociais que visem à ampliação da participação de todos os indivíduos dentro de um contexto de dignidade humana pela efetivação de direitos sociais, impreterivelmente o direito de moradia digna, condizente ao estabelecido pela vontade da democracia.

Por fim, consideramos que o reconhecimento da liberdade e da igualdade significa o fortalecimento da concepção de um contexto de indivíduos que possuem uma multiculturalidade étnica, religiosa, linguística, biológica, dentre outras que necessitam de reconhecimento e das condições adequadas para o desenvolvimento personalidade, identidade e o mínimo existencial aos indivíduos de toda a coletividade.

REFERÊNCIAS

BHARGAVA, R. *Deveria a Europa aprender com o secularismo indiano? Demodiversidade: imaginar novas possibilidades democráticas*. Belo Horizonte: Autêntica, 2018. (Epistemologias do Sul, 1).

BORGES, J. *Encarceramento em massa*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. 144 p.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 9 nov. 2019.

CANOTILHO, J. J. G. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais: Portugal Editora, 2008.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS. UNIC/Rio/005/Janeiro 2009/DPI 876. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

DUSSEL, E. *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. [S. l.]: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005. Disponível em: http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsd/collect/clacso/index/assoc/D1200.dir/5_Dussel.pdf. Acesso em: 6 nov. 2019.

FREITAS, A. D. de. Notas sobre o contexto de trabalho do grupo Modernidade/Colonialidade universidade, horizontes utópicos e desafios teóricos. *REALIS*, v. 8, n. 2, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/realis/article/view/241453>. Acesso em: 4 nov. 2019.

GROSGOUEL, R. Para uma visão decolonial da crise civilizatória e dos paradigmas da esquerda ocidentalizada. In: COSTA, J. B.; TORRES, N. M.; GROSGOUEL, R. (org). *Decolonialidade e Pensamento Afrodiaspórico*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2019. (Coleção Cultura Negra e Identidade).

HARVEY, D. H. O Direito à Cidade. *Lutas Sociais*, São Paulo, n. 29, p. 73-89, jul./dez. 2012. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/272071/mod_resource/content/1/david-harvey%20direito%20a%20cidade%20.pdf. Acesso em: 6 nov. 2019.

IBGE. Síntese de indicadores sociais, uma análise das condições de vida. *A População Brasileira*, 2016. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98965.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2019.

IVES, D. Multiculturalismo e Plurinacionalismo: Teorias De Representação Para A América Latina. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL PENSAR E REPENSAR A AMÉRICA LATINA, 2., 2016, São Paulo. *Anais [...]*. São Paulo, 2016. Disponível em: https://sites.usp.br/prolam/wp-content/uploads/sites/35/2016/12/IVES_SP09-Anais-do-II-Segundo-Simp%C3%B3sio-Internacional-Pensar-e-Repensar-a-Am%C3%A9rica-Latina.pdf. Acesso em: 5 nov. 2019.

LEFEBVRE, H. *O direito à cidade*. Tradução: Rubens Eduardo frias. São Paulo: Centauro, 2001. Disponível em: <https://paisagensperifericas.files.wordpress.com/2015/03/henri-lefevre-o-direito-c3a0-cidade3.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2019.

MARICATO, E. *Metrópole, legislação e desigualdade*. *Estudos Avançados*, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v17n48/v17n48a13.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2019.

MIGNOLO, W. D. *Colonialidade, o lado mais escuro da modernidade*. Tradução: Marco Oliveira. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 94, jun. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v32n94/0102-6909-rbcsoc-3294022017.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2019.

NUNES JÚNIOR, F. M. A. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo. Thomson Reuters Brasil. 2018.

PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17973/material/FI%-C3%A1via%20Piovesan%20DH%20Direito%20Constitucional.pdf>. Acesso em: 7 nov. 2019.

PIRES, T. R. de O. *Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social sobre os negros*. Brasília, DF: Prado Negro, 2016.

QUIJANO, A. *A Colonialidade do Saber: Eurocentrismo E Ciências Sociais. Perspectivas Latino-Americanas*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005. Disponível em: http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf. Acesso em: 4 nov. 2019.

QUIJANO, A. *Colonialidade do Poder e Classificação Social*. In: SANTOS, B. de S.; MENESES, M. P. (org.). *Epistemologias do Sul*. *Revista Lusófona de Educação*, Coimbra, Portugal: Almedina, n. 13, 532 p., 2009. Disponível em: <http://www.mel.unir.br/uploads/56565656/noticias/quijano-anibal%20colonialidade%20do%20poder%20e%20classificacao%20social.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2019.

QUIJANO, A. *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Dropbox/Trabalho%20Conclusão/ESTRUTURAL/Cuestionesyhorizontes%20Quijano.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2019.

ROLNIK, R. Exclusão territorial e violência. *Em Perspectiva*, São Paulo, 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/spp/v13n4/v13n4a10.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2019.

SANTOS, B. de S.; MENESES, M. P. Epistemologias do Sul. *Revista Lusófona de Educação*, Coimbra, Portugal: Almedina, n. 13, 532 p., 2009.

SANTOS, B. de S. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. *Novos Estudos: CEBRAP* 79, p. 71-94, nov. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/nec/n79/04.pdf>. Acesso em: 5 out. 2019.

SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal De 1988*. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, I. W. Los derechos sociales em el constitucionalismo contemporáneo: algunos problemas y desafíos. Capítulo I. In: LINERA, M. A. P.; SARLET, I. W., MARTÍN, N. *Los Derechos Sociales Como Instrumentos de Emancipación*. Madrid, España: Thomson Reuters Aranzadi, 2010.

SILVA, F. R.; FERNANDES, D. Desafios enfrentados pelos imigrantes no processo de integração à sociedade brasileira. *Cadernos de Debates Refúgio, Migração e Cidadania*, Brasília: Instituto Imigrações e Direitos Humanos, n. 13, 2018.

SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

SILVA, P. T. G. da S. *Sistema Constitucional das Liberdades e das Igualdades*. São Paulo: Atlas: 2012.

EDUCAÇÃO E ENSINO DOMICILIAR EM PAUTA: DECISÕES, REGRAS E REGULAMENTAÇÃO

Thaís Janaina Wenczenovicz¹

Messias da Silva Moreira²

Resumo: O devido estudo traz elementos sobre a modalidade do ensino domiciliar de crianças em algumas nações como: Alemanha, Brasil, Bélgica, Croácia, Espanha, Estados Unidos da América, Holanda e Turquia. Dentre os diversos debates circundam pedidos e decisões que tramitam no Supremo Tribunal Federal (STF) ação que pretende introduzir o *homeschooling*, isto é, o direito ou a possibilidade de os pais poderem ensinar os filhos em casa. O procedimento metodológico é o analítico-interpretativo de investigação bibliográfica e documentação jurisdicional internacional e nacional.

Palavras-chave: Educação. Ensino Domiciliar. Escola. Regulamentação.

1 INTRODUÇÃO

A educação domiciliar não é regulamentada nem reconhecida pelo Ministério da Educação brasileiro. De acordo com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, é dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 anos. O Estatuto da Criança e do Adolescente também estipula a obrigação de matricular filhos ou dependentes na rede regular de ensino. Os defensores da nova prática, porém, se apoiam no artigo 205 da Constituição Federal, que diz que a

¹ Doutora em História pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Mestra em História Regional pela Universidade de Passo Fundo; Professora adjunta/pesquisadora sênior na Universidade Estadual do Rio Grande do Sul; Professora titular no Programa de Pós-graduação em Educação da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul e no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora colaboradora no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Educação da Universidade Estadual do Paraná; t.wencze@terra.com.br

² Mestre em Educação pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná de Francisco Beltrão; Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil com Extensão em Docência do Ensino Superior pela Universidade Cândido Mendes do Rio de Janeiro; Pesquisador na Universidade Estadual do Rio Grande do Sul.

educação é dever do Estado e da família, que é crime o abandono intelectual e não o ensino doméstico. Neste cenário, as opiniões e encaminhamentos ampliam e tomam novos desdobramentos. Sabe-se que a prática do *home schooling* vem crescendo.

Inúmeros são os debates nos segmentos educacionais e também em âmbito de célula familiar. Além disso, conforme decisão do STF que reconheceu a repercussão geral do tema (RE 888.815 RG), “a controvérsia envolve a definição dos contornos da relação entre Estado e família na educação das crianças e adolescentes, bem como os limites da autonomia privada contra imposições estatais.” (BRASIL, 2015). Também permeia a pauta a agenda de políticos. Há discussão na Câmara dos Deputados de dois projetos de lei parecidos que propõem a regulamentação da educação domiciliar: o primeiro de Lincoln Portela (Projeto de Lei n. 3.179/2012) e o outro de Eduardo Bolsonaro (n. 3.261/2015).

Dentre os contrários e favoráveis, persistem motivos diversificados, desde o *bullying* até o esfacelamento do sistema escolar. Acrescem a lista dos motivos pela busca da prática de descolarização os conflitos vividos no ambiente escolar, como: violência, a divergência entre crenças e valores morais e religiosos dos núcleos familiares ou conteúdo ministrado em sala de aula – como por exemplo os defensores da teoria criacionista. Apesar das propostas e do crescente interesse pelo tema, especialistas acreditam que a aprovação ainda está longe de acontecer.

Neste contexto, o devido artigo busca reflexionar sobre o processo de ensino domiciliar e apresenta um breve conjunto de decisões acerca do tema nos seguintes países: Alemanha, Brasil, Bélgica, Croácia, Espanha, Estados Unidos da América, Holanda e Turquia, bem como 5 decisões junto ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Enquanto procedimento metodológico utiliza-se do bibliográfico-investigativo, acrescido de pesquisa em bancos de dados e estatísticas de órgãos públicos e entidades administrativas dos países e alguns casos

decididos por Cortes Nacionais de diversos países e por órgãos internacionais sobre o tema específico: ensino domiciliar.

2 EDUCAÇÃO DOMICILIAR: PRIMEIRAS PALAVRAS

A educação domiciliar possui diversas nomenclaturas e inserção múltiplas em variados países. Dentre elas pode-se encontrar: *Desescolarização*, *Homeschooling*, *Unschooling*, *Home Education*, *Ensino Doméstico*, *Escuela en Casa* e *Ensino Familiar*. Pode-se dizer em análise a algumas pesquisas realizadas e publicizadas que a mesma efetiva-se quando os pais ou progenitores assumem por completo o controle do processo global de educação e ensino dos filhos.³ Em outras palavras, a Educação Domiciliar situa-se como uma modalidade de educação, na qual os principais direcionadores e responsáveis pelo processo de ensino-aprendizagem são os pais/responsáveis do educando(a) (aluno/a). A Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED) calcula haver no Brasil entre 5 mil a 6 mil famílias educando os filhos em casa.⁴

Segundo a Associação Nacional de Educação Familiar, existem três características norteadoras para a efetivação da educação familiar: 1. Educação integral, 2. Educação em todo o tempo e 3. Treino para o aprendizado. No tocante ao eixo educação integral indicam:

Em geral, todos os pais ensinam em casa alguma coisa aos seus filhos. Mas existem pais que ensinam mais em casa do que outros. Na ED, Os pais se responsabilizam

³ Insta assinalar que a diferença entre ensino e educação está no processo de ação. Ensino é a maneira pela qual o conhecimento é transmitido, é como consegue-se melhorar o intelecto, corroborando com o processo de formação nas artes, cidadania, cultura, dentre outros. Já a educação refere-se aos valores humanos e sociais experienciados e vivenciados. Sabe-se que desde a época de Platão, o termo educação foi centro dos debates. Para ele era dar ao corpo e a alma toda beleza e perfeição que fosse possível. Émile Durkheim a considerava a preparação para a vida. Para Pestalozzi, a educação do ser humano deve responder às necessidades de seu destino e às leis de sua natureza. Para José Martí, é depositar em cada homem toda a obra da humanidade vivida, é preparar o ser humano para a vida.

⁴ A principal referência são os Estados Unidos, onde a prática é reconhecida e também cresce: há estimativas de que cerca de 1,7 milhão de crianças sejam educadas em casa por lá.

por todos os aspectos da educação dos filhos: valores, condutas, formação do caráter, questões afetivas e também a instrução formal ou o saber acadêmico. (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE ENSINO DOMICILIAR, 2018).

No quesito 2. Educação em todo o tempo assinalam:

Mesmo que haja um período do dia específico dedicado aos estudos, a ED ocorre o tempo todo. Tudo pode ser oportunidade para aprender. Se você está na cozinha fazendo um bolo, se está na rua, passando em frente um monumento histórico ou se depara com uma passeata, ou ainda num parque observando plantas e pássaros, por exemplo... Basta um simples questionamento e pronto! Uma nova grande oportunidade para aprender sobre a química da fermentação do bolo, a matemática das medidas de massa e capacidade, sobre os movimentos sociais da nossa história, a biologia da nossa fauna e flora. Então, embora chamemos “domiciliar”, essa modalidade de educação não ocorre apenas no domicílio, mas no seio da própria família (no lar, na rua, na vizinhança, em passeios, etc.). (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE ENSINO DOMICILIAR, 2018).

A terceira característica – Eixo 3. Treino para o aprendizado é possível encontrar:

A educação brasileira é essencialmente conteudista. Repleta de matérias, disciplinas, assuntos e temas diversos. E diante de um currículo tão extenso, um dos questionamentos mais frequentes que os pais nos fazem é: “Como vou ensinar aos meus filhos assuntos sobre os quais eu sei pouco ou nada, ou até mesmo já esqueci?” E esta é uma questão é muito importante, que tem assombrado alguns pais que estão se propondo a optar pela Educação Domiciliar.
[...] precisamos reconhecer que muito conteúdo não significa, necessariamente, uma educação de qualidade. Longe disso. O nosso país ocupa uma posição muito ruim no ranking mundial de educação, e está atrás de dezenas

de países, nos quais os currículos da educação básica são bem mais enxutos do que o nosso.

Portanto, na Educação Domiciliar, os pais são mediadores entre seus filhos e o conhecimento. Precisam levá-los a questionar, pesquisar, buscar o conhecimento. Ensiná-los a pensar de forma lógica, conduzi-los ao autodidatismo, à autonomia. (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE ENSINO DOMICILIAR, 2018).

Quanto à indicação dos conteúdos programáticos ou disciplinas obrigatórias a Associação Nacional de Ensino Domiciliar (2018) apenas sinaliza que “[...] os conteúdos, é claro, têm sua importância, mas, além da aquisição de saberes é necessário agregar elementos como: Desenvolvimento do intelecto; Formação de habilidades; Equilíbrio emocional; Sociabilidade e Espiritualidade.”

Importante ressaltar que no tocante as avaliações do processo de aprendizagem, crianças educadas em casa que queiram obter certificados de Ensino Fundamental e Médio para se matricular no Ensino Tecnológico ou Superior ou outros fins devem prestar o Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA).

No aspecto motivações para a prática de educação domiciliar a Associação apresenta:

Desejo de proporcionar aos filhos uma formação que preserve os princípios morais da família;
 Desejo de proporcionar aos filhos uma socialização mais ampla, qual seja, com indivíduos de todas as idades;
 Entendimento de que a educação formal se vincula às outras dimensões do processo educativo, e, por isso, pode ser melhor realizada no ambiente do lar, onde o indivíduo terá igual acesso ao suporte pedagógico, emocional e à disciplina, elementos indispensáveis para uma formação integral;
 Insatisfação com a qualidade do ensino escolar, com um padrão massificado de aprendizagem;

Insatisfação com o ambiente escolar, motivada por eventos de violência, insegurança e exposição dos filhos a amizades indesejadas pelos pais;
Discordância quanto à postura de determinados professores, especialmente na eleição de temáticas que contrariam os princípios morais defendidos pela família;
Desejo de oferecer uma educação e qualidade para os filhos, explorando ao máximo o potencial dos mesmos. (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE ENSINO DOMICILIAR, 2018).

3 SOBRE DESESCOLARIZAÇÃO E HOMESCHOOLING: PERSPECTIVAS E DECISÕES

São diversos os países em escala mundial onde o Ensino Domiciliar é permitido, tais como Estados Unidos da América, Canadá, África do Sul, Austrália, Nova Zelândia, Chile, Colômbia, Equador, Finlândia, França, Inglaterra, Irlanda, Itália, Portugal e Israel. A Alemanha é um dos países em que a prática é proibida. Em decisão recente, o Tribunal Constitucional da Espanha estabeleceu que a prática do *homeschooling* não insere-se no direito fundamental à educação. Por outro lado, em alguns Estados a situação de permissão é indefinida, como é o caso da Argentina,⁵ Bolívia,⁶ China,⁷

⁵ Os progenitores argentinos que não matriculam seus filhos na escola formal assentam-se no Artigo 14 da Constituição Federal e Artigo 6 da Legislação Nacional em Educação que indica: - Artículo 6º. - El Estado garantiza el ejercicio del derecho constitucional de enseñar y aprender. Son responsables de las acciones educativas el Estado Nacional, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los términos fijados por el artículo 4º de esta ley; los municipios, las confesiones religiosas reconocidas oficialmente y las organizaciones de la sociedad; y la familia, como agente natural y primário. (ARGENTINA, 2006).

⁶ O artigo 88 da Constituição da Bolívia afirma que é direito das mães e dos pais escolher a educação apropriada para seus filhos. A proposta *Nueva Ley de La Educación Boliviana* (2006) enfatiza a escolaridade obrigatória, embora tecnicamente em termos de educação e não de frequência. Ao interpretar esta lei, os funcionários podem se concentrar na frequência obrigatória.

⁷ De acordo com a Lei de Educação Obrigatória da República Popular da China todas as crianças que completaram seis anos deverão se matricular na escola e receber educação obrigatória pelo número prescrito de anos, independentemente de sexo, nacionalidade ou raça. Em áreas onde isso não é possível, o início da escolaridade pode ser adiado para os sete anos de idade. O Estado deve instituir um sistema de escolaridade obrigatória de nove anos. As autoridades das províncias, regiões autônomas e municípios diretamente subordinados ao

Peru,⁸ México, Holanda, Índia, Gana e Japão, dentre outros.

Em 2001, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha estabeleceu em decisão temporária sobre o tema em tela o impedimento de uma sentença entrar em vigor por entender que esta constituía uma intervenção no poder discricionário legislativo do parlamento. Por conseguinte, o Tribunal pôde impedir que a lei entrasse em vigor apenas se os prejuízos decorrentes de sua vigência forem maiores em relação aos que decorreriam de sua suspensão. No caso, a suspensão da lei que aumentava o tempo diário de frequência escolar obrigatória no ensino primário causaria maiores prejuízos do que sua vigência (Decisão 1BvQ 32 (ALEMANHA, 2001).

A devida decisão (ALEMANHA, 2001) aponta que:

[...] a norma previa um horário fixo padrão de cinco horas e meia por dia de aula na escola primária a partir do dia 1 de agosto de 2001. Previa também um horário para a creche e estendia a frequência escolar obrigatória também para esse período. Os pais alegaram violação ao artigo 6 (2), primeira parte, da Lei Fundamental (Basic Law). O horário obrigaria as crianças, contra a vontade dos pais, a almoçar na escola. A refeição em família seria parte importante na formação educacional das crianças pela duração de tempo, por propiciar o diálogo e, em algumas famílias, pelo momento de oração. Além disso, em geral, as mães ficavam com os filhos no período da tarde. Por isso, a medida seria uma intervenção indevida do Estado, pois deixaria os pais praticamente sem disponibilidade de tempo para conduzir a educação dos filhos de acordo com suas próprias convicções.

Governo Central decidirão sobre medidas para promover a educação obrigatória, de acordo com o grau de desenvolvimento econômico e cultural em suas próprias localidades.

⁸ A educação peruana é regida pela Lei n. 28.044, Ley General de Educación (29 de julho de 2003). O Artigo 5 declara: “Os pais ou seus substitutos têm o dever de educar seus filhos e o direito de participar do processo educacional e de escolher as instituições nas quais são educados, de acordo com suas convicções e crenças.” Neste artigo assentam-se os pais e mães que optam por não matricularem seus filhos na escola regular/formal. A educação escolar em casa é incomum, embora a Constituição peruana proteja os direitos das famílias. O Artigo 6 declara que é obrigação e direito dos pais “nutrir, educar e proporcionar segurança” a seus filhos, e o Artigo 13 dá aos pais o direito “de escolher centros educacionais e participar do processo educacional.” (PERU, 2003).

Em 2003, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha entendeu que, no tocante à educação, a missão do Estado se equipara ao papel dos pais. Assim, determinar a frequência escolar obrigatória das crianças, não viola o direito fundamental dos pais (Decisão 1BvR 436 (BRASIL, 2003). Na mesma direção em 2014, Tribunal Constitucional Federal da Alemanha decidiu que a lei que pune os pais por privar os filhos da frequência escolar obrigatória é constitucional.

No Brasil inicialmente o Supremo Tribunal Federal – RE 888.815/RG (BRASIL, 2015) entendeu que o debate acerca da proibição ou possibilidade de implementarem o direito à educação por meio do ensino domiciliar é de natureza constitucional e possui repercussão geral.

Insta destacar que o Supremo Tribunal Federal decidiu que o debate acerca da possibilidade de o ensino domiciliar (*homeschooling*), ministrado pela família, ser considerado meio lícito de cumprimento do dever de educação (art. 205 da CRFB/1988) é de natureza constitucional e a efetivação é dever conjunto do Estado e da família.

Art. 205 - A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

No artigo 208 da CRFB (BRASIL, 1988) são previstos os meios pelos quais será efetivada a obrigação do Estado com a educação. A controvérsia envolve, portanto, a definição dos contornos da relação entre Estado e família na educação das crianças e adolescentes, bem como os limites da autonomia privada contra imposições estatais.

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e

gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) (Vide Emenda Constitucional nº 59, de 2009); II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996); III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006); V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009); § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. § 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. § 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola. (BRASIL, 1988).

Em setembro de 2018 a maioria dos ministros do Supremo decidiu por uma posição intermediária entre os dois extremos defendidos por alguns dos magistrados. O relator, Luís Roberto Barroso, tinha dado razão à família sul-rio-grandense, considerando que o *homeschooling* não feria a Constituição, mas que seria necessário realizar uma regulamentação, obrigando, por exemplo, que as famílias comunicassem sua intenção a uma ou mais autoridades locais de ensino e que os estudantes fossem submetidos a avaliações regulares. Em outra posição, os ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski, para quem a Constituição proibia a educação domiciliar – mesma posição da Advocacia-Geral da União apresentou-se a defesa a qual os pais não tinham a escolha

entre educar em casa ou na rede de ensino. Será especificamente discorrido na seção 3.1 deste trabalho.

Na Bélgica, em 2008 a Corte Constitucional estabeleceu que liberdade de escolha dos pais quanto à instituição de ensino dos filhos abrange não só a liberdade para escolher um estabelecimento educacional, mas também a de mudar de estabelecimento. Embora a legislação estabeleça limites à matrícula em instituição de ensino ou à mudança de escola, os pais podem mudar seus filhos de escola, desde que tal escolha decorra de razões filosóficas ou religiosas (Decisão 119) (BÉLGICA, 2008).

Em 2009, a Corte Constitucional da Bélgica decidiu ser constitucional determinar a matrícula obrigatória em instituição educacional de crianças em educação domiciliar que passaram por sucessivas avaliações insatisfatórias. A liberdade de ensino não é absoluta, uma vez que deve ser balanceada com o direito à educação da criança e com a necessidade de fomentar nela os valores do pluralismo e da tolerância, que são essenciais para a democracia (Decisão 107) (BÉLGICA, 2009).

No ano de 2014, a Corte Constitucional da Bélgica entendeu que a liberdade de ensino compreende o ensino em domicílio ou em instituição não acreditada perante o Estado. Reafirmou também que os pais têm liberdade de escolher a forma de educação dos filhos; no entanto, essa liberdade de escolha deve ser interpretada considerando, em primeiro lugar, os interesses da criança e seu direito fundamental à educação e, em segundo, a concordância com a exigência de ensino compulsório. Além disso, definiu que mudanças legislativas precisam ter regras de transição, sempre que sua falta cause uma diferença de tratamento que equivalha à violação do princípio da igualdade e da não discriminação ou frustre as legítimas expectativas sem uma justificativa razoável.

Na Croácia o Tribunal Constitucional da Croácia entendeu que o direito constitucional dos pais de determinar a formação educacional de seus filhos implica o dever do Estado de ouvi-los durante a elaboração do conteúdo a ser implementado nas escolas públicas (CROÁCIA, 2013).

Em análise a Decisão U-II-1118-2013, de 22 de maio de 2013, é possível obter as seguintes informações:

Três cidadãos, um partido político e duas associações da sociedade civil solicitaram ao Tribunal Constitucional da República da Croácia que avaliasse a conformidade constitucional de decisão do Ministro da Educação que determinava a implementação do currículo de Educação em Saúde para escolas primárias e secundárias. Os recorrentes alegaram que o item IV do currículo (sexualidade, igualdade de gênero e comportamento sexual responsável) violava o direito dos pais de escolher a maneira como seus filhos são criados, pois não era “eticamente neutro”. Ademais, sustentaram que associações de pais e de professores não participaram de debate para aprovação do documento, e que o currículo havia sido preparado em sigilo e imposto às escolas para implementação em apenas dois dias. III. O Tribunal Constitucional, sem adentrar no mérito, anulou a decisão considerando inconstitucional o procedimento para sua aprovação (Decisão U-II-1118-2013). (CROÁCIA, 2013).

Na Espanha o Tribunal Constitucional estabeleceu que o direito fundamental à educação não inclui o direito de educar os filhos em casa ou fora de instituições de ensino homologadas pelo Estado. Conforme o direito espanhol, as crianças entre 6 e 16 anos devem frequentar a escola. Essa obrigação é meio adequado para obter os melhores resultados acadêmicos, sem incorrer nos riscos do ensino em casa (ESPANHA, 2010).

O artigo do Protocolo n. 1 à CEDH não garante um direito absoluto dos pais de educar seus filhos de acordo com suas convicções filosóficas, mas o direito de ter tais convicções respeitadas. Exigir que os pais cooperem com as autoridades locais para solucionar dificuldades na educação dos filhos não viola o direito de terem suas convicções filosóficas respeitadas.

Por outro lado, há uma lacuna a se responder: o *homeschooling* como está hoje é um “risco” para as crianças, núcleos familiares e sociedade como um todo? Esta modalidade deve ter uma relação instituída com o Estado?

Estas e outras tantas perguntas permeiam o debate, mas como desenvolver uma normatização se em muitos países nem sequer há dados estatísticos da realidade e número (censo) dessas crianças.

Segundo a Sentença 133/2010, de 2 de dezembro, pode-se constatar:

La Constitución española no prohíbe al legislador democrático configurar la enseñanza básica obligatoria (art. 27.4 CE) como un periodo de escolarización de duración determinada (cfr. arts. 9.2 LOCE y 4.2 LOE) durante el cual quede excluida la opción de los padres de enseñar a sus hijos en su propio domicilio en lugar de proceder a escolarizarlos. Según se ha comprobado, esa configuración legislativa no afecta en el caso presente a los derechos constitucionales de los padres (art. 27.1 y 3 CE), e incluso en el caso de que así lo hiciera habría de considerarse una medida proporcionada que encuentra justificación en la satisfacción de otros principios y derechos constitucionales (art. 27.1 y 2 CE). Con todo, ésta no es una opción que venga en todo caso requerida por la propia Constitución que, efectivamente, no consagra directamente el deber de escolarización, ni mucho menos otros aspectos más concretos de su régimen jurídico como, por ejemplo, la duración del periodo sobre el que ha de proyectarse o las circunstancias excepcionales en las que dicho deber pueda ser dispensado o verse satisfecho mediante un régimen especial. Quiere ello decir que, a la vista del art. 27 CE, no cabe excluir otras opciones legislativas que incorporen una cierta flexibilidad al sistema educativo y, en particular, a la enseñanza básica, sin que ello permita dejar de dar satisfacción a la finalidad que ha de presidir su configuración normativa (art. 27.2 CE) así como a otros de sus elementos ya definidos por la propia Constitución (art. 27.4, 5 y 8 CE). Sin embargo, la de cuáles deban ser los rasgos de esa regulación alternativa del régimen de la enseñanza básica obligatoria para resultar conforme a la Constitución es una cuestión cuyo esclarecimiento en abstracto excede las funciones propias de este Tribunal Constitucional, que no debe erigirse en un legislador positivo.

Procede, por tanto, concluir que la decisión adoptada por el legislador mediante el art. 9 LOCE (cfr. actualmente art. 4.2 LOE), en cuya aplicación al caso concreto se adoptaron las resoluciones judiciales impugnadas en este proceso,

resulta constitucionalmente inobjetable, razón por la cual debemos desestimar el presente recurso de amparo.

Fallo

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por don Antonio Gómez Linares, doña María Socorro Sánchez Martín, don Florián Macarro Romero y doña Anabelle Gosselint. (ESPANHA, 2010).

Em 1923, nos Estados Unidos da América a Suprema Corte decidiu que era inconstitucional a lei estadual que proibia o ensino de línguas estrangeiras modernas em todas as escolas públicas. A liberdade garantida pela 14ª Emenda Constitucional protegeu não apenas o direito de ir e vir, mas a interferência arbitrária do Estado que não tenha relação proporcional a um objetivo inserido no âmbito de sua competência (Meyer versus Nebraska) (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1923). No ano de 1925, a Suprema Corte decidiu ser inconstitucional a lei estadual que determina a matrícula obrigatória de todas as crianças em escolas públicas (Pierce, Governor of Oregon et. al versus Society of the Sisters of the Holy Names of Jesus and Mary) (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1925).

Em 1972, a Suprema Corte entendeu que o interesse do Estado em garantir educação universal à população precisa ser sopesado quando interfere em direitos fundamentais como, por exemplo, o direito dos pais de educar seus filhos conforme suas convicções espirituais e religiosas (Wisconsin vs Yoder).⁹

⁹ *Respondents, members of the Old Order Amish religion and the Conservative Amish Menmonite Church, were convicted of violating Wisconsin's compulsory school attendance law (which requires a child's school attendance until age 16) by declining to send their children to public or private school after they had graduated from the eighth grade. The evidence showed that the Amish provide continuing informal vocational education to their children designed to prepare them for life in the rural Amish community. The evidence also showed that respondents sincerely believed that high school attendance was contrary to the Amish religion and way of life, and that they would endanger their own salvation and that of their children by complying with the law. The State Supreme Court sustained respondents' claim that application of the compulsory school attendance law to them violated their rights under the Free Exercise Clause of the First Amendment, made applicable to the States by the Fourteenth Amendment. Held: 1. The State's interest in universal education is not totally free from a balancing process when it impinges on other fundamental*

Observa-se em análise ao documento (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1972) que o ensino obrigatório, após certa idade, coloca a liberdade dos pais em grave risco, cabe ao Estado demonstrar com mais propriedade como seu interesse pode ser afetado.¹⁰

Na Holanda o Conselho de Estado dos Países Baixos considerou que o Ministro da Educação, Ciência e Cultura tem margem de discricionariedade para descredenciar uma escola, com base nos parâmetros da Lei de Educação Compulsória de 1969. Essa prerrogativa não viola o direito à educação, nem o direito de escolha dos pais, uma vez que o Ministro interpretou a norma de forma adequada e proporcional. Os progenitores têm o direito de escolher instituições educacionais que atendam critérios mínimos estabelecidos pelo Estado (Caso De Kampanjee outros versus Ministro da Educação, Cultura e Ciência) (HOLANDA, 2012).

Na Turquia em 1998, a Corte Constitucional decidiu pela constitucionalidade de lei que exige educação obrigatória e contínua pelo período de 8 anos sob controle e supervisão do Estado. Entendeu, ainda, que o Estado pode determinar o período de 8 ou mais anos para formação no ensino compulsório continuado (Decisão E. 1997/62, K.1998.52) (TURQUIA, 1998).

Sobre a devida decisão:

Trata-se de pedido de anulação de alterações promovidas na lei de educação primária interposto pelo principal partido de oposição perante a Corte Constitucional da Turquia (Turkey Constitutional Court). Argumentou-se

rights, such as those specifically protected by the Free Exercise Clause of the First Amendment and the traditional interest of parents with respect to the religious upbringing of their children. p. 406 U. S. 213-215. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1972).

¹⁰ O *homeschooling* é legalmente permitido em 50 Estados dos EUA. Entretanto, as leis e regulamentações são mais favoráveis em alguns Estados do que em outros. A título de exemplo pode-se citar o Estado de Oklahoma o qual é considerado mais amistoso em relação ao Ensino Domiciliar, já que os pais não são obrigados a contatar as autoridades estatais antes de começarem a educar seus filhos em casa. No Estado de Massachusetts, por outro lado, a regulamentação é assertiva (aprovação de currículo, avaliação de trabalhos dos alunos, e demais atribuições institucionais-pedagógicas são acompanhadas com regularidade).

que as alterações impossibilitam o acesso de estudantes às escolas Prayer Leader Preacher High Schools (Ýmam Hatip Liseleri), um tipo especial de ensino médio pelo qual o aluno pode tornar-se líder religioso, pregador ou dar continuidade no ensino universitário em ramos diferentes. Isso porque a lei alterava o período do ensino primário de 5 para 8 anos e diminuía a formação no Prayer Leader Preacher High Schools de 7 para 4 anos. Além disso, determinava que os indivíduos fossem educados em certos tipos de escolas e sob programas de ensino, adequados às suas vocações e habilidades. Alegou-se violação aos direitos e liberdades fundamentais, à liberdade de religião e de consciência, ao direito dos pais de determinar a educação dos filhos, entre outros. II.

O Tribunal considerou que o objetivo da lei era garantir que os alunos escolhessem suas profissões conscientemente, sem influências externas, e declarou serem constitucionais as alterações. De acordo com o artigo 42 da Constituição da Turquia⁷⁰, a educação é obrigatória e deve ser realizada sob controle e supervisão estatal, sob o espírito dos princípios e reformas de Atatürk. O Estado tem o dever de promover educação de alto nível e cabe ao legislador determinar se a educação será contínua ou se o período de formação será de 8 ou mais anos. Considerou-se que a lei não impedia a educação religiosa, pois as escolas especiais do ensino médio poderiam aceitar estudantes para formação *deimams* (líderes de oração) e outras autoridades religiosas após os 8 anos de ensino primário obrigatório. A educação primária constitui a base sólida para formação profissional e religiosa, pois facilita o reconhecimento das habilidades e garante desenvolvimento mental das crianças. Além disso, o aumento do período de formação está em conformidade com as necessidades do desenvolvimento moderno, que exigem melhor e mais educação. Nesse sentido, a alteração produziria efeitos positivos para o indivíduo e a sociedade. (TURQUIA, 1998).

3.1 SOBRE O CASO BRASILEIRO

A judicialização do tema “Educação Domiciliar” no Brasil, ocorreu na sede do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS). O

fato se deu em 2013, por um casal morador do interior de Gramado/RS, ao ingressar com um Mandado de Segurança em face da Secretaria Municipal de Canela/RS, pois essa exigia que os autores matriculassem a sua filha de 14 anos em uma instituição de ensino de educação básica. O pai alega que:

Vários itens estavam nos desagradando. A escola em que ela estudava tinha educação seriada, com alunos de idades e séries diferentes na mesma sala, com o mesmo professor. Não estávamos contentes com isso. O comportamento, o rendimento escolar e os valores morais também nos levaram a tomar essa decisão. (LUIZ, 2015).

O TJ/RS negou a solicitação do casal que era de educar a filha em regime domiciliar, informando que o pedido carecia de amparo legal e ainda, orientou que os mesmos matriculassem de forma urgente a menor em uma escola de educação básica da rede regular de ensino, conforme a previsão legal da Constituição Federal e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Decisão que ensejou o Recurso Extraordinário (RE 888.815 RG) impetrado pelo casal no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), ganhando repercussão geral em razão da matéria, tendo em vista o ponto de vista social, econômico e jurídico. O relator do caso é o ministro Roberto Barroso. A última movimentação foi no Plenário, dia 12 de setembro de 2018, que julgou o mérito de tema com repercussão geral. O Tribunal, por maioria, negou o provimento do recurso extraordinário, dessa forma, foi vencido o voto do Relator. Diante dos fatos e direitos expostos, cabe ao casal, se ainda quiser persistir na demanda, entrar com o Recurso do Agravo Interno, contudo este não possui efeito suspensivo. Fato é que a jovem moradora de Gramado deve estar estudando em uma escola regular, por ordem judicial.

4 A ESCOLA E O SEU DESIDERATO

A escola promove e estimula o desenvolvimento de competências e habilidades, a prática do raciocínio lógico humano e a vivência de valores sociais. Este entendimento coaduna com a Lei de Diretrizes da Educação Nacional (LDBEN) Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Nesse sentido,

A escola não é um objeto a par da comunidade, ela está alicerçada diretamente no seu contexto social, tem uma relação intrínseca e necessária com a mesma, ela não tem razão de existir, se não for para servir a comunidade a qual ela está inserida. E os atores internos da escola participam efetivamente na vida cultural, política e socioeconômica da comunidade [...] (MOREIRA; ANTONIO, 2016, p. 6).

Um dos ideais norteadores da LDBEN é a vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais previsto no inciso XI da art. 3º a vinculação da educação a prática social é exatamente o que se pretende para a formação de uma sociedade justa e proba, tornando desnecessário regular todo tipo de ato ou fato social, legislar sobre fatos corriqueiros ou de hábitos locais, tais como, onde pode ou não pode fumar, proibição de jogar lixos e dejetos em passeio público, tudo isso é desnecessário para um povo educado, que tem boas práticas sociais.

A escola é o ponto ou eixo de convergência da comunidade onde ela se situa, nela ocorre o encontro das culturas, religiões, etnias e classes sociais, tornando-se um extrato da sociedade a qual ela pertence. A relação intersubjetiva e intercultural se dá através do convívio que há entre alunos(as), desses com professores(as) e demais profissionais que participam ativamente das atividades escolares, podendo se assim dizer, que a escola também forma o ser humano para o convívio social. Na relação intersubjetiva dentro do ambiente escolar acontecem enfrentamentos e delimitações, que irão forjar no futuro cidadão ou cidadã o respeito a direito alheio, compreender a limitação

do outro e a divisão de tarefas para atingir o bem comum, e assim, aprendendo trabalhar em grupo, conviver socialmente.

As iniciativas visando uma educação de qualidade e mais eficiente dependem inicialmente do interesse do Estado, no Brasil há tradição do sistema escolar centralizado, financiado e regrado¹¹ pelo ente público tornando assim um monopólio estatal, cabendo ao Estado a oferta de um ensino gratuito com a finalidade de fundamentar democracia e a formação da cidadania (CHIZOTTE; PONCE, 2012, p. 26), em face do dever legal, no caso do Brasil, imposto pela Carta Magna do País, artigo 205 (BRASIL, 1988). O objetivo do legislador ao colocar o Estado brasileiro com a incumbência de proporcionar educação de forma obrigatória é de atender ao ideal de universalidade como fundamento da democracia e da formação da cidadania, de modo a assegurar o que se considera conhecimentos básicos indispensáveis a todos os cidadãos.

Dessa forma a educação se torna ponto estratégico do ente público federal, a qual obriga que todas as crianças e jovens sejam matriculados na educação básica, conforme informa o artigo 6º da LDBEN, “é dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade.” (BRASIL, 1996).

O 1º artigo da LDBEN ressalta a abrangência da educação no tocante a formação do ser humano, não restringindo somente aos bancos escolares, mas afirmando que no núcleo familiar ou parentela, na convivência as demais organizações da sociedade (artísticos, culturais, do trabalho e outros) se desenvolvem os processos educativos.

Da responsabilidade solidária¹² entre o Estado brasileiro e as famílias obtém-se:

¹¹ Art. 7º da LDBEN “O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I – cumprimento das normas gerais da educação nacional e do respectivo sistema de ensino; II – autorização de funcionamento e avaliação de qualidade pelo Poder Público; [...]” (BRASIL, 1996, grifo nosso).

¹² Em outras explicações, ambos concorrem para alcançar o(s) mesmo(s) objetivo(s), sendo assim, respondem pelo sucesso ou pela derrocada do objeto.

LDBEN. Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1996).

O Estado brasileiro não proíbe ou retira a responsabilidade da família e da sociedade como um todo de se educarem, ao contrário informa que a responsabilidade é solidária. Sendo ainda, dever moral das famílias, incentivar e impulsionar os projetos e diretrizes educacionais visando o bem comum da sociedade. Buscando essa parceria, a própria LDBEN no seu artigo 12, inciso VI, dá para os estabelecimentos de ensino em geral a incumbência de “se articular com as famílias e a comunidade, criando processos de integração da sociedade com a escola.” (BRASIL, 1996).

4.1 A ESCOLA E OUTRAS PERSPECTIVAS

A escola compõe o tecido social da coletividade e nesse, ela é o extrato da comunidade onde ela se situa, pois lá se reúnem todas as classes que compõe em uma relação intersubjetiva e intercultural, que tem como objetivo principal, a transmissão e construção de conhecimentos. É também o espaço em que ocorrem os mais diversos tipos de convivências – harmônicas ou não.

As manifestações de segregação e violências, desde as simbólicas, passando pelas agressões físicas até os homicídios também são presença no contexto escola. Nesse diapasão é discorrido na introdução da obra *Cotidiano das escolas – entre violências* publicada pela UNESCO que:

A escola é espaço de construção de saberes, de convivência e socialização. Os jovens buscam, no sistema escolar, desenvolver suas habilidades, expandir relações sociais, realizar e construir desejos, impulsos que colaboram na formatação de identidades. A escola é também lócus de produção e reprodução de violências nas suas mais

variadas formas. Atualmente, verifica-se com maior nitidez uma tensão entre o sistema escolar e as expectativas dos jovens. (ABRAMOVAY et al., 2006, p. 29).

Não é objetivo dessa reflexão discorrer sobre os tipos de violências existentes, contudo, um dos efeitos direto da violência no ambiente escolar é o afastamento de professores(as), por motivo de doenças emocionais (psíquicas) ou mudança de profissão.

Professores relatam tipos de agressões sofridas, tais como: serem empurrados; levarem cadeirada; e tentativa de assassinato: *O aluno jogou ela [a professora] no chão e ele disse que só não matou porque não achou o canivete.* As violências têm repercussões negativas para a saúde e para o sentido de integridade do sujeito, como pessoa e como professor. (ABRAMOVAY et al., 2006, p. 199).

Bem como, o abandono, evasão ou reprovação por parte dos alunos(as), por medo ou desinteresse, como se segue no relato abaixo:

Na visão dos alunos, existem diretores que:

[...]

não apoiam as atividades promovidas pelos alunos: aqui a gente não pode fazer nada porque a direção não ajuda a gente. Tem um monte de coisas que gostaríamos de fazer e não podemos [...] teatro, dança, pintura, muitas coisas, a direção não apoia. (Grupo de discussão com alunos, Salvador).

Considerando os relatos dos alunos, observa-se um sentimento de abandono e descaso. Os tipos de relações entre alunos e diretores mostram, em muitos casos, uma escola que não sabe cuidar dos seus jovens, não sabe ouvi-los e não os considera parte dela. (ABRAMOVAY et al., 2006, p. 115).

Não há dúvida que a violência no âmbito escolar é um dos maiores motivadores do movimento da Educação Doméstica, além da preocupação com a formação, a busca da proteção para seus filhos, a manutenção da

integridade física e psicológica da prole. Basta lembrar que no reino animal, muitas fêmeas no instinto de defesa dos seus filhotes, não deixam sequer o macho se aproxime, pois, o mesmo oferece risco a integridade física da prole. Com o ser humano não é diferente, diante das diversas violências que ocorrem nas escolas e da falta de confiança na capacidade de formação dos professores e professoras, muitos pais acreditam que por si só, podem e devem suprir as necessidades de formação intelecto-moral de seus filhos.

Frente a esse exercício de reflexão considera-se oportuno os dizeres de Gibran (2018):

Os vossos filhos não são vossos filhos. São os filhos e as filhas da Vida que anseia por si mesma. Eles vêm através de vós, mas não de vós. E embora estejam convosco não vos pertencem. Podeis dar-lhes o vosso amor, mas não os vossos pensamentos, pois eles têm os seus próprios pensamentos. Podeis abrigar os seus corpos, mas não as suas almas. Pois as suas almas vivem na casa do amanhã, que vós não podereis visitar, nem em sonhos. Podereis tentar ser como eles, mas não tenteis torná-los como vós. Pois a vida não anda para trás nem se detém no ontem. Vós sois os arcos de onde os vossos filhos, quais flechas vivas, serão lançados. O arqueiro vê o sinal no caminho do infinito e ele com o seu poder faz com que as suas flechas partam rápidas e cheguem longe. Que a vossa inflexão na mão do arqueiro seja para a alegria; pois, assim como ele ama a flecha que voa, também ama o arco que se mantém estável.

5 CONCLUSÃO

Desde a Antiguidade Clássica existem movimentos que defendem a possibilidade de todas as categorias sociais frequentarem a escola ou espaços educativos para colaborar com a construção de uma sociedade justa e igualitária, bem como colaborar com o desenvolvimento do ser humano. Em cada período e temporalidade histórica foram sendo delineadas novas formas e modalidades de ensino. Ora mais avançadas ora mais conservadoras, as

posições em sua maioria convergiram para a responsabilidade coletiva de se educar, escolarizar ou instruir os grupos humanos.

No Brasil ao mesmo tempo em que os avanços em prol da universalização da educação escolar, por outro se constata o debate e judicialização do processo de ensino e educação domiciliar. Diversos são os pontos em discussão, entretanto destaca-se a controvérsia sobre a titularidade de direitos, ou seja, o possível conflito entre os direitos das crianças, os direitos dos pais e ainda os do Estado no que se refere à educação. A tensão presente na disputa sobre a titularidade de direitos tornou-se central nos debates da política educacional contemporânea. Essa discussão é trazida sobretudo pelos documentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos, bem como em nível nacional.

Sabe-se que tanto o Protocolo n. 1 à CEDH, a LDBEN, quanto a Constituição Federal do Brasil não garante um direito absoluto aos pais em educar seus filhos de acordo com suas convicções filosóficas, mas garante o direito de ter tais convicções respeitadas. Contudo, com referência nas mesmas legislações, os pais podem exigir das autoridades locais, que sejam disponibilizadas formas de cooperarem diretamente nas atividades voltadas ao ensino e aprendizagem dos educandos, visando solucionar os problemas e dificuldades existentes nas instituições de ensino.

Citando questões atuais como cultura, religião e segurança, o Ensino Domiciliar em grande parte dos países indica que a opção por essa modalidade de ensino e educação está calcada na decisão de educar seus filhos em casa em razão de questões como conceitos morais, flexibilidade de horário, interferência indevida do Estado, limites da intervenção estatal à luz da teoria fundamental da liberdade, religião, segurança, dentre outros.

A UNESCO instituição internacional que entre outros trabalhos humanitários, possui grande preocupação com a educação realizada nos diversos países, no que tange ao Brasil, alerta que para que aconteça uma melhora efetiva na educação e no sistema de ensino brasileiro, é mais do

que premente a efetivação de uma educação em e para os Direitos Humanos para fazer frente principalmente as diversas violências praticadas na escola. Quanto a qualidade do ensino e da aprendizagem é necessário investimento nas estruturas físicas, mas principalmente na estrutura humana, ou seja, nos atores internos da educação (ABRAMOVAY et al., 2016).

A preocupação com a educação dos filhos é um fato que jamais deve ser discutido se é louvável ou não, todavia nem todos os pais estão preparados para tão árdua e valorosa missão. Tal evidencia, pode ser observada se analisarmos o nível formação intelectual dos pais, a grande maioria não possuem a formação básica escolar, e ainda, em face das demandas de trabalho e compromissos inerentes ao sustento familiar, não existiria tempo hábil e oportuno para se dedicarem à educação de seus filhos, o que fatalmente, seria renegada a segundo ou terceiro plano, dentro das diversas tarefas existentes na vida cotidiana das famílias, ou seja, há grande chance de se está construindo um verdadeiro abismo entre a parte da população que tem a possibilidade de ter uma educação regular e a outra parte que não tem condições ou pais que possam educar seus filhos, via educação escolar ou domiciliar. E assim, causando um problema a nível nacional, ensejando ao Estado retomar a missão que constitucionalmente era exclusivamente sua.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, M. *et al.* Cotidiano das escolas: entre violências. UNESCO, 2006. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001452/145265por.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. *Decisão 1BvQ 32/2001*. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2001/07/qk20010731_1bvq003201.html. Acesso em: 20 set. 2019.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. *Decisão 1BvR 436/2003*. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/Shared-Docs/Entscheidungen/DE/2003/04/rk20030429_1bvr043603.html. Acesso em: 20 set. 2019.

ARGENTINA. *Lei n. 26.206*, de 27 de dezembro de 2006. Ley de Educación Nacional. Orden del Día, Buenos Aires, DF, 2006. Disponível em: http://www.me.gov.ar/doc_pdf/ley_de_educ_nac.pdf. Acesso em: 22 set. 2019.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE ENSINO DOMICILIAR. *Dados e Estatísticas*. 2018. Disponível em: <https://aned.org.br/educacao-domiciliar>. Acesso em: 21 ago. 2019.

BÉLGICA. Corte Constitucional. *Decisão 107/2009*. Disponível em: <http://www.const-court.be/public/f/2009/2009-107f.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

BÉLGICA. Corte Constitucional. *Decisão 119/2008*. Disponível em: <http://www.const-court.be/public/f/2008/2008-119f.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 jul. 2019.

BRASIL. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Interpretada pelo STF e Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/ConvenoAmericana-sobreDireitosHumanos17082018.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 9.394, 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. Acesso em: 1 jul. 2019.

BRASIL. *Pesquisa de Jurisprudência Internacional*. Secretaria de Documentação Coordenadora de Análise de Jurisprudência – Seção de Jurisprudência Internacional e Gestão do Tesouro. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/Pesquisa2AEducaodomiciliar.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 888.815/RS*. Direito Constitucional. Educação. Ensino Domiciliar. Liberdades e Deveres do Estado e da Família. Presença de Repercussão Geral. Relator: Ministro Roberto Barroso, Brasília, DF, 28 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4774632&numeroProcesso=888815&classeProcesso=RE&numeroTema=822>. Acesso em: 19 mar. 2019.

CHIZZOTTI, A.; PONCE, B. J. O currículo e os sistemas de ensino no Brasil. *Currículo sem fronteiras*, v. 12, n. 3, p. 25-36, 2012. Disponível em: <http://www.curriculosemfronteiras.org/vol12iss3articles/chizzotti-ponce.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2019.

CROÁCIA. Tribunal Constitucional. *Decisão U-II-1118/2013*. Disponível em: [https://sljeme.usud.hr/usud/prakswen.nsf/5417ecd501f70787c1257de-1004a8681/58cde856ca034271c1257e5f003ddf48/\\$FILE/U-II-1118-2013.pdf](https://sljeme.usud.hr/usud/prakswen.nsf/5417ecd501f70787c1257de-1004a8681/58cde856ca034271c1257e5f003ddf48/$FILE/U-II-1118-2013.pdf). Acesso em: 15 set. 2019.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. *Sentença 133*, de 2 de dezembro de 2010. Disponível em: http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6772#-complete_resolucion&dictamen. Acesso em: 19 set. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Meyer versus Nebraska*. 1923. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/262/390/>. Acesso em: 11 set. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Pierce, Governor of Oregon et. al versus Society of the Sisters of the Holy Names of Jesus and Mary*. 1925. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/268/510.html>. Acesso em: 10 set. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Wisconsin vs Yoder*. 1972. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/406/205/>. Acesso em: 15 set. 2019.

GIBRAN, G. K. *O profeta*. Tradução: Mansour Challita. Rio de Janeiro: Expansão Editorial, 1973.

HOFF, S. Fundamentos filosóficos dos livros didáticos elaborados por Ratke, no século XVII. *Rev. Bras. Educ.*, n. 25, p. 143-155, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.pt>. Acesso em: 20 set. 2019.

HOLANDA. *Caso De Kampanjee outros versus Ministro da Educação, Cultura e Ciência*. 2012. Disponível em: <http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

LUIZ, M. Família do RS vai ao STF para ter o direito de educar os filhos em casa. *G1*, 20 jun. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2015/06/familia-do-rs-vai-ao-stf-para-ter-o-direito-de-educar-os-filhos-em-casa.html>. Acesso em: 11 out. 2019.

MOREIRA, M. S.; ANTONIO, C. A. As Mudanças e Reestruturações do Currículo Escolar. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE EDUCAÇÃO, 5., 2016, Cascavel. *Anais [...]* Cascavel, 2016.

PERU. *Lei n. 28044, Ley General de Educación* (29 de julho de 2003). Disponível em: file:///C:/Users/User/Downloads/ley_general_educacion.pdf. Acesso em: 20 set. 2019.

PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

TURQUIA. Corte Constitucional da Turquia. *Decisão E. 1997/62, K.1998.52*. 1998. Disponível em: <http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>. Acesso em: 14 set. 2019.

URPÍ, C.; SOTÉS, E. M. A. Homeschooling y escuela flexible: nuevos enfoques. *Estudios sobre educación*, v. 22, p. 7-10, 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/Alicia/Downloads/2069-8080-1-PB.pdf>. Acesso em: 14 set. 2019.

VASCONCELOS, M. C. C.; MORGADO, J. C. B. C. Desafios à escolarização obrigatória: a inserção do homeschooling na legislação educacional no Brasil e em Portugal. *Revista Brasileira de Política e Administração da Educação*, v. 30, n. 1, jan. 2014.

EDUCAÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS: CONHECIMENTO E HUMANIZAÇÃO POR MEIO DO ENSINO RELIGIOSO

Dionísio Felipe Hatzenberger¹

Thais Janaina Wenczenovicz²

Resumo: O estudo objetiva apresentar caminhos pedagógicos para a implementação da educação para os Direitos Humanos em consonância ao Componente Curricular de Ensino Religioso nas escolas de Educação Básica no Brasil. Por meio de uma pesquisa documental e bibliográfica exploratória investiga a legislação educacional, realiza a interpretação de textos jurídicos, historiográficos, filosóficos e sociológicos a fim de elencar algumas temáticas de uso no contexto escolar que corroboram com o processo de ensino-aprendizagem em Direitos Humanos. A reflexão inicia sinalizando alguns elementos da trajetória histórica da Declaração Universal dos Direitos Humanos e perpassa olhares sobre o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH) e a Base Nacional Comum Curricular (BNCC). Esse ensaio reflexivo assenta-se em face às atuais ocorrências de violência(s) estruturais e simbólicas, intolerância e ataque aos próprios Direitos Humanos, baseadas em ignorância histórica, tornando-se essencial tal temática e proposta em contexto escolar. Conclui-se que o Ensino Religioso é uma das disciplinas que pode colaborar para o desenvolvimento da educação em e para os Direitos Humanos, por meio do conhecimento jurídico, social e religioso; e por meio da sensibilização

¹ Mestre em Educação pela Universidade Estadual do Rio Grande do Sul; Especialista em Filosofia pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá; Assessor técnico-pedagógico da SMED/NH e Coordenador adjunto da Pós-graduação em Docência no Ensino Religioso da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul; dionisio-felipe@uergs.edu.br

² Doutora em História pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Mestre em História Regional pela Universidade de Passo Fundo; Professora adjunta/pesquisadora sênior na Universidade Estadual do Rio Grande do Sul; Professora titular no Programa de Pós-graduação em Educação da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul e no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora colaboradora no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Educação da Universidade Estadual do Paraná; t.wencze@terra.com.br

quanto à ética da alteridade, realizando importante combate ao preconceito e à intolerância religiosa.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Educação. Ensino Religioso. Interculturalidade. Religião.

1 INTRODUÇÃO

Em tempos de intolerância, violência e de minimização da trajetória histórica é importante retomar, em toda sociedade, o que são e porque existem os Direitos Humanos. Para essa significação atingir seus objetivos é necessário um processo comunicativo qualificado. Se por um lado a academia tem limitações no que se refere a capacidade de se comunicar com as classes sociais como um todo, por outro lado os espaços educacionais o fazem com maestria e leveza. Dessa forma, torna-se estratégico que os educadores e os sistemas de ensino venham aderir a uma educação para os Direitos Humanos, que refuta inverdades do senso comum e oportuniza mais do que conhecimento, também a sensibilização do humano quanto ao humano. Este estudo visa a fornecer subsídios aos educadores, gestores e pesquisadores quanto aos caminhos possíveis para a efetivação da educação para os direitos humanos em ambiente escolar. Uma análise da Base Nacional Comum Curricular (BNCC) demonstra ser este um dos objetivos do currículo brasileiro e propõe que várias disciplinas escolares contribuam para ele, a exemplo do Ensino Religioso, que fomenta a sensibilidade para com o outro e propõe o desenvolvimento da ética da alteridade.

O caminho metodológico dessa reflexão é bibliográfico exploratório e perpassa a interpretação de textos jurídicos, historiográficos, filosóficos e sociológicos. Primeiramente apresenta-se o contexto da trajetória histórica da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), seu anseios e diretrizes e a conexão com a proposta da decolonialidade do saber e, mais que isso, do viver. Na segunda seção apresenta-se a proposta brasileira de educação para os Direitos Humanos, presente em diversos documentos, em especial

no Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (BRASIL, 2013) e mais atualmente na BNCC (BRASIL, 2017).

Na terceira e última seção apresenta-se a proposta da BNCC que vincula a disciplina de Ensino Religioso à educação para os direitos humanos e o combate à intolerância. Adentrando no universo das contribuições do Ensino Religioso, apresenta-se a proposta do desenvolvimento da disciplina numa perspectiva intercultural, meio para uma possível construção da tolerância e pacificação social. Por fim, se discute de que forma educação, religião e direitos humanos se entrelaçam e podem contribuir, juntos para uma sociedade mais humana, justa e solidária. Propondo, ao invés da exclusão da religião e das diferentes culturas da esfera pública, que a pacificação passa pelo movimento contrário, de inclusão e convívio pacífico entre as mais diferentes tradições em ambiente democrático, onde o Estado media formas de colaboração em aspectos nos quais tais culturas podem contribuir para o bem-estar social e a efetivação dos direitos de seus cidadãos.

2 OS DIREITOS HUMANOS E A DECOLONIALIDADE DO VIVER

Após diversos movimentos beligerantes e bélicos (Primeira e Segunda guerra mundial) e a formação de sociedades totalitárias, onde o Estado tornou-se um meio de dominação e controle das massas nas suas mais terríveis consequências, a humanidade viu o esgotamento do modelo social que vigorara desde o princípio da modernidade. O fruto disso foi um momento de lucidez, no qual os representantes das nações produziram um documento que garantem os limites da ação do Estado e do indivíduo, assegurando também garantias mínimas para a vida digna. Tal marco consolidou-se, em 1948, na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Esse contexto histórico está expresso no preâmbulo do documento:

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que

ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009, p. 2).

Portanto, é impossível dissociar a Declaração de seu contexto histórico e nesse sentido negá-la seria o equivalente ao esquecer-se das lições que a história nos ensina frente ao histórico de violências assistidas no decorrer dos séculos XIX e XX. Lições aprendidas a custos da privação de liberdade de muitos indivíduos, mortes e de inúmeros tipos de violências e sofrimentos de toda ordem. Violência que acompanhou a humanidade, e que chega ao século XX com adornos tecnológicos. Novas formas de controle das liberdades e de opressão, seja pelo poder midiático ou pelo medo de bombas armadas a milhares de quilômetros. Esse violento do século XX foi a culminação de todo um processo de colonialismos, no qual a Modernidade foi um elemento cultural produzido pela Europa e exportado de forma impositiva a todo os povos, carregando consigo o eurocentrismo, conforme descreve Quijano (2005, p. 122):

O fato de que os europeus ocidentais imaginaram ser a culminação de uma trajetória civilizatória desde um estado de natureza, levou-os também a pensar-se como os modernos da humanidade e de sua história, isto é, como o novo e ao mesmo tempo o mais avançado da espécie. Mas já que ao mesmo tempo atribuíam ao restante da espécie o pertencimento a uma categoria, por natureza, inferior e por isso anterior, isto é, o passado no processo da espécie, os europeus imaginaram também serem não apenas os portadores exclusivos de tal modernidade, mas igualmente seus exclusivos criadores e protagonistas.

Colonizar consistia na tomada desses territórios e povos para uma condição de subserviência num sistema global de exploração mercantilista/capitalista, por meio de múltiplas violências. Não obstante, a independência,

oficialmente alcançada pelos povos de forma gradativa, não significou na automática extinção do modo de pensar colonial e nem na desconstrução do modo de poder e de divisão do trabalho que ele havia levado aos povos do mundo todo. Esse controle dos povos por meio das múltiplas violências, direta ou indiretamente, por meio de governos locais que eram sustentados por esse domínio externo foi pontuado por Quijano (2005, p. 121):

Já em sua condição de centro do capitalismo mundial, a Europa não somente tinha o controle do mercado mundial, mas pôde impor seu domínio colonial sobre todas as regiões e populações do planeta, incorporando-as ao “sistema-mundo” que assim se constituía, e a seu padrão específico de poder.

O processo histórico de enfraquecimento desse modelo de mundo encontra seu estopim na crise gerada pela concorrência das nações europeias pelo domínio desses povos que lhes foram subordinados. Essa crise foi o motivo gerador das grandes guerras da primeira metade do século XX e, portanto, motivo central da necessidade do estabelecimento de normas mínimas de direitos para a humanidade. Porém, o simples estabelecimento da DUDH não significou a imediata garantia dos direitos por ela proposta, isso porque tal garantia necessita uma nova ressignificação do que é ser humano. Tal conceito de humanidade foi atravessado por inúmeros outros conceitos surgidos no colonialismo, conceitos esses que modificaram a própria identidade dos povos, como é o caso de “raça”, que serviu como forma de legitimar a hierarquização da sociedade e a exploração de povos inteiros. O colonialismo foi um processo de mudanças culturais tão profundas aos povos subalternizados que se tornou elemento enraizado no imaginário geral, ou seja em suas subjetividades. O esquecimento histórico das identidades tradicionais foi seguido por uma nova narrativa, hierarquizada, repetida inúmeras vezes até parecer verdade, até que as mentes e os olhares se acostumem como explica Lander (2005, p. 8):

A expressão mais potente da eficácia do pensamento científico moderno [...] é o que pode ser literalmente descrito como a naturalização das relações sociais, a noção de acordo com a qual as características da sociedade chamada moderna são a expressão das tendências espontâneas e naturais do desenvolvimento histórico da sociedade. [...] Essa é a concepção segundo a qual nos encontramos numa linha de chegada, sociedade sem ideologias, modelo civilizatório único, globalizado, universal, que torna desnecessária a política, na medida em que já não há alternativas possíveis a este modo de vida.

Se com a consolidação do colonialismo ocorreu a naturalização do olhar da humanidade para com a opressão e as violências, desnaturalizar esse olhar significa desfazer os efeitos do colonialismo, assim, uma ação decolonial. A preferência do termo “decolonizar” a “descolonizar” deve-se à intencionalidade em conceituá-lo a partir de uma ação educativa propositiva – pela qual se pretende a construção de uma noção e visão pedagógica que se projeta para além dos processos de ensino e de transmissão de saber, vislumbra-se a criação e construção de novas condições sociais, políticas, culturais e de pensamento.

Para Ballestrin (2013) é necessário diferenciar a descolonização política dos territórios do processo de rejeição dos conceitos e produtos que ficaram como frutos desse processo de dominação. Seguindo esse raciocínio, fica nítido que a busca do pensamento decolonial é libertar o que foi reprimido pela colonização, desconstruir o poder e o conhecimento eurocêntrico, historicamente instituído, seguido da reconstrução e/ou do surgimento de outras formas de poder e conhecimento. Portanto, no pensamento decolonial, o que se propõe é a desnaturalização do olhar. É um processo que objetiva permitir aos indivíduos a percepção de que as múltiplas condições excludentes a que estão condicionados não é um elemento natural da sociedade ou da natureza, e sim o produto de um modo de pensar e agir que perpassa todas

as relações. Propõe-se, assim, a decolonialidade do saber. Segundo Reis e Andrade, há objetivos bem claros para esse pensar:

O pensamento decolonial objetiva problematizar a manutenção das condições colonizadas da epistemologia, buscando a emancipação absoluta de todos os tipos de opressão e dominação, ao articular interdisciplinarmente cultura, política e economia de maneira a construir um campo totalmente inovador de pensamento que privilegie os elementos epistêmicos locais em detrimento dos legados impostos pela situação colonial. (REIS; ANDRADE, 2018, p. 3).

Dessa forma, infere-se que a educação é uma das formas eficazes de difusão do pensamento decolonial, que por meio de uma reflexão quanto aos mais diversos contextos de vida, trarão ao indivíduo condições autônomas e livres de posicionar-se e de construir sentidos de vida não mais atrelados aos “antigos moldes”. Essa ruptura como o modo de pensar colonial é essencial para a construção dos Direitos Humanos, uma vez que esses se baseiam nos princípios da liberdade e da autonomia dos indivíduos e das nações, na perspectiva da diversidade e da paz.

3 EDUCAÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS

O texto do preâmbulo da DUDH anuncia que os direitos propostos:

[...] como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva [...] (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009, p. 3).

Portanto, a efetivação dos Direitos Humanos, desde sua proposição inicial, está conectado ao esforço individual e coletivo por meio “do ensino e da educação”. É a educação o meio pelo qual os seres humanos podem ser sensibilizados, humanizados e despertados a repensar a forma de ver o mundo, desnaturalizando o olhar e decolonizando o saber. O Brasil, que adere aos preceitos da DUDH, garante na Carta Constitucional Direitos Fundamentais alinhados a esses. Além disso, o Estado propõe políticas públicas para a difusão de tais direitos por meio da educação. As estratégias para essa política estão descritas no Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos – PNEDH (BRASIL, 2013). Segundo o PNEDH (BRASIL, 2013, p. 19),

Além do recrudescimento da violência, tem-se observado o agravamento na degradação da biosfera, a generalização dos conflitos, o crescimento da intolerância étnico-racial, religiosa, cultural, geracional, territorial, físico-individual, de gênero, de orientação sexual, de nacionalidade, de opção política, dentre outras, mesmo em sociedades consideradas historicamente mais tolerantes, como revelam as barreiras e discriminações a imigrantes, refugiados e asilados em todo o mundo.

Apesar da DUDH já estar consolidada no meio jurídico das nações do Ocidente há mais de setenta anos, ainda se constata inúmeras violências como: racismo, discriminações, violências físicas e simbólicas, injustiças, desigualdades e ataques ao direito à vida e liberdade nos dias atuais. Nesse contexto, o Plano indica:

Ainda há muito para ser conquistado em termos de respeito à dignidade da pessoa humana, sem distinção de raça, nacionalidade, etnia, gênero, classe social, região, cultura, religião, orientação sexual, identidade de gênero, geração e deficiência. Da mesma forma, há muito a ser feito para efetivar o direito à qualidade de vida, à saúde, à educação, à moradia, ao lazer, ao meio ambiente saudável, ao saneamento básico, à segurança pública,

ao trabalho e às diversidades cultural e religiosa, entre outras. (BRASIL, 2013, p. 21).

Além da negação desses direitos humanos na prática social, de forma velada, ainda surge nos dias atuais, discursos de ataque aos Direitos Humanos pautados numa visão distorcida dos mesmos. Volta-se a propor a pena de morte, por exemplo. O desconhecimento do que sejam os Direitos Humanos é tanto que o senso comum tem associado-os a “defender bandido”. Discursos de ódio e defesa ao uso da violência contra os indivíduos em situação de vulnerabilidade têm se tornado cada vez mais comuns. Em parte, esse cenário pode ser gerado pelo individualismo e niilismo das sociedades no “mundo líquido”, no qual o outro nada mais é do que um meio para “eu” obter os fins ou bens que desejo.

Dessa forma, pode-se afirmar que é necessário desenvolverem-se ações em duas vértices distintas para combater tais efeitos: (a) trazer conhecimento objetivo a respeito dos Direitos Humanos e a história que levou a sua constituição; (b) realizar movimento de sensibilização e humanização dos educandos, enxergando o outro como ser digno de todo respeito e solidariedade. Essa dupla dimensão da educação para os Direitos Humanos é afirmada no PNEDH:

A educação em direitos humanos vai além de uma aprendizagem cognitiva, incluindo o desenvolvimento social e emocional de quem se envolve no processo ensino- aprendizagem (Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos – PMEDH/2005). A educação, nesse entendimento, deve ocorrer na comunidade escolar em interação com a comunidade local. (BRASIL, 2013, p. 29).

Essa interação proposta pelo Plano é o elemento que pode garantir a efetiva humanização, uma vez que o outro não é um objeto de estudo, um algo a parte, mas um ser, uma pessoa a ser conhecida, alguém a quem posso e devo olhar no olho e me colocar em seu lugar. Nesse sentido, uma das

funções e conquistas dos Direitos Humanos é colocar a maior quantidade de coletividades em condições de equidade, já que viver é o que nos dá condições de sermos humanos, de pensarmos, ressignificarmos-nos e até mudarmos de opinião, de postura. Portanto, a garantia ao direito à vida é a base de todo Direito Humano e constitui, de igual forma, no Brasil, a base dos Direitos Fundamentais. Nesse contexto, pode-se apontar que essa dinâmica é essencial para que a democracia não seja apenas uma teoria, como propõe o PNEDH:

Para que a democracia seja efetivada, é necessário assegurar a proteção do Estado ao direito à vida e à dignidade, sem distinção étnico-racial, religiosa, cultural, territorial, físico-individual, geracional, de gênero, de orientação sexual, de opção política, de nacionalidade, dentre outras, garantindo tratamento igual para todos(as). É o que se espera, portanto, da atuação de um sistema integrado de justiça e segurança em uma democracia. (BRASIL, 2013, p. 47).

Ao direito à vida é acrescido “e à dignidade”. Ter uma vida digna é, portanto, elemento indispensável para a humanidade. A escravidão e a tortura são exemplo de condições a que o Estado ou indivíduos já submeteram outros humanos e que compõe casos extremos nos quais a dignidade humana foi violentamente atacada. Mas outras formas menos drásticas, porém não menos desumanas, ocorrem até os dias atuais: a discriminação, a negação do direito de acesso à educação, a miséria, por exemplo. O combate a esse tipo de violência, mais subjetiva só se dá por meio da conscientização. Escolas e espaços coletivos são os mais eficientes meios para essa formação de uma nova cultura de direitos e humanização do olhar. A mídia, especificamente, também desempenha papel relevante na propagação de preceitos e valores, objetiva/subjetivamente, por meio de discursos, notícias e promoção de preceitos, que constituem uma formação não escolar significativa. Percebendo a influência desse segmento na formação política e social da população, a atuação do mesmo é pautada no PNEDH, no qual ressalta-se a necessidade

de compromisso do setor midiático com os valores e preceitos dos Direitos Fundamentais.

Pelas características de integração e capacidade de chegar a grandes contingentes de pessoas, a mídia é reconhecida como um patrimônio social, vital para que o direito à livre expressão e o acesso à informação sejam exercidos. É por isso que as emissoras de televisão e de rádio atuam por meio de concessões públicas. A legislação que orienta a prestação desses serviços ressalta a necessidade de os instrumentos de comunicação afirmarem compromissos previstos na Constituição Federal, em tratados e convenções internacionais, como a cultura de paz, a proteção ao meio ambiente, a tolerância e o respeito às diferenças de etnia, raça, pessoas com deficiência, cultura, gênero, orientação sexual, política e religiosa, dentre outras. Assim, a mídia deve adotar uma postura favorável à não-violência e ao respeito aos direitos humanos, não só pela força da lei, mas também pelo seu engajamento na melhoria da qualidade de vida da população. (BRASIL, 2013, p. 54).

Ao olharmos mais diretamente para as ações pedagógicas no âmbito das escolas, a BNCC, documento normativo do currículo das escolas públicas e privadas de todo o Brasil, faz citação direta o PNEDH no seu texto de abertura. Além disso, existem ao todo 64 referências aos Direitos Humanos na BNCC. Esse documento estabelece “as aprendizagens essenciais definidas na BNCC devem concorrer para assegurar aos estudantes o desenvolvimento de dez competências gerais.” (BRASIL, 2013, p. 8). No contexto do documento, “competência” é descrita como:

[...] a mobilização de conhecimentos (conceitos e procedimentos), habilidades (práticas, cognitivas e socioemocionais), atitudes e valores para resolver demandas complexas da vida cotidiana, do pleno exercício da cidadania e do mundo do trabalho. (BRASIL, 2013, p. 8).

Na sequência do texto introdutório, a BNCC apresenta 10 “competências gerais” a serem desenvolvidas no decorrer de toda educação básica, objetivando dar clareza a que tipo de “cidadão” se quer formar. A sétima competência refere-se à capacidade de:

Argumentar com base em fatos, dados e informações confiáveis, para formular, negociar e defender ideias, pontos de vista e decisões comuns que respeitem e promovam os direitos humanos, a consciência socioambiental e o consumo responsável em âmbito local, regional e global, com posicionamento ético em relação ao cuidado de si mesmo, dos outros e do planeta. (BRASIL, 2013, p. 10).

A competência número 9, que também versa sobre os Direitos Humanos, é a seguinte:

Exercitar a empatia, o diálogo, a resolução de conflitos e a cooperação, fazendo-se respeitar e promovendo o respeito ao outro e aos direitos humanos, com acolhimento e valorização da diversidade de indivíduos e de grupos sociais, seus saberes, identidades, culturas e potencialidades, sem preconceitos de qualquer natureza. (BRASIL, 2013, p. 10).

Portanto, desenvolver nos educandos o respeito e a capacidade de promover os Direitos Humanos é uma tarefa de todo o currículo escolar, de forma integrada. Não necessitando haver uma disciplina específica para essa finalidade. O mesmo texto equipara o respeito ao “outro” como forma de realizar o “acolhimento e valorização da diversidade de indivíduos e de grupos sociais”, sem preconceitos ou discriminações. Dessa forma, todas as disciplinas escolares devem contribuir para o letramento jurídico dos educandos e, de forma mais específica, o conhecimento da linguagem e conteúdo dos Direitos Humanos e Fundamentais deve constituir-se em objetivo de aprendizagem escolar, como forma de combater tais práticas sociais de exclusão e violência.

Oliveira e Strelhow (2013, p. 99) escrevem sobre o quão desafiador é ainda esse objetivo:

Seria ideal se todos os artigos da Declaração fossem concretizados. Contudo, vê-se que, a cada dia, surgem novas formas de violência. Seres humanos são tratados como lixo, o meio ambiente é destruído, a exclusão e a discriminação se propagam. A efetivação dos direitos humanos ainda precisa percorrer um longo caminho. A existência de declarações não garante a realização dos direitos.

A respeito desse esforço necessário para a efetivação dos direitos, Carbonari (2008) ressalta que os “direitos humanos não são prontos, são fruto da luta, se constroem e são construídos historicamente e se radicam nas lutas libertárias e emancipatórias de homens e de mulheres.” (CARBONARI, 2008, p. 65). Cada geração precisa ser lembrada, por meio da educação, dos direitos que a própria humanidade constituiu como elementares para sua própria proteção. Os direitos humanos precisam ser vistos como meio para garantir segurança e liberdade nas relações dos indivíduos entre si e com o Estado. Ensinar esses direitos é uma ação de “[...] permanente luta por liberdade, por justiça, por igualdade e por solidariedade contra todo e qualquer tipo de exploração, domínio e exclusão.” (OLIVEIRA; STRELHOW, 2013, p. 99).

4 O ENSINO RELIGIOSO E A PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A BNCC define uma nova epistemologia para o Ensino Religioso, desvinculando-o de qualquer forma de confessionalidade e do que fora a antiga “aula de religião”, advinda da tradição colonial católica. O documento configura o Ensino Religioso como transposição didática dos saberes oriundos da Ciência(s) da(s) Religião(ões), como um estudo do fenômeno religioso na

sociedade. Entre os eixos temáticos que o documento propõe para a disciplina está “identidade e alteridade”, sendo a ética da alteridade um dos pontos centrais desse estudo. Compreendendo que o respeito e a solidariedade são substrato universal da experiência religiosa, o Ensino Religioso

[...] busca construir, por meio do estudo dos conhecimentos religiosos e das filosofias de vida, atitudes de reconhecimento e respeito às alteridades. Trata-se de um espaço de aprendizagens, experiências pedagógicas, intercâmbios e diálogos permanentes, que visam o acolhimento das identidades culturais, religiosas ou não, na perspectiva da interculturalidade, direitos humanos e cultura da paz. (BRASIL, 2013, p. 436).

Por conseguinte, através do diálogo, o Ensino Religioso visa contribuir para a promoção dos Direitos Humanos, no contexto da interculturalidade – ou seja: “Propiciar conhecimentos sobre o direito à liberdade de consciência e de crença, no constante propósito de promoção dos direitos humanos.” (BRASIL, 2013, p. 436). Assim sendo, uma das formas de promover os Direitos Humanos, proposta como objetivo do Ensino Religioso é através do estudo e análise dos direitos religiosos. Saber que se tem o direito de professar livremente sua religião, em condição de liberdade e dignidade, sem sofrer ofensa ou discriminação é papel dessa disciplina. Entender que o outro tem, igualmente, o direito de ter a sua religião ou de não a ter, com a mesma dignidade que eu, também. Tão necessária é a importância do tema, que o Direito à liberdade religiosa, está postulado na DUDH em quatro artigos distintos:

Artigo II - 1 - Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. (DUDH, 1948, Art. II).

Artigo XVIII - Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade

de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, em público ou em particular. (DUDH, 1948, Art. XVIII).

Artigo XXVI - 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. (Art. XVIII). (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009).

A discriminação religiosa geralmente ocorre contra os adeptos de religiões minoritárias em determinada sociedade. Muitas vezes pode estar conectada ao racismo, também. A discriminação e a violência (física ou simbólica) por motivos raciais ainda é presente cotidianamente no Brasil. Ela é fruto de um construto histórico.

Oliveira e Strelhow (2013, p. 99) afirmam que “relacionar Ensino Religioso e direitos humanos implica reconhecer os desafios atuais das nossas realidades [...]” Esses desafios de que falam os autores são aqueles que se apresentam nas relações humanas nas micro e macro esferas da sociedade. Toda vez que um ser humano é privado de seus direitos (vida, liberdade, dignidade, propriedade, instrução, crença, etc.) seja por ação de outro indivíduo ou por omissão do Estado em lhe garantir seus direitos está ocorrendo um ato que deve ser trazido ao debate em espaço educacional, primeiramente como denúncia, mas não se prendendo apenas ao fato em si, o profissional da educação precisa fazer-se valer daquele fato para criar um vínculo temático e realizar ação educativa quanto aos direitos implicados naquela situação. Ao discutir as relações humanas, pelo olhar da ética da alteridade – do amor/empatia ao próximo – o professor de Ensino Religioso tem a oportunidade de vincular seu trabalho ao conhecimento dos Direitos Humanos. “Dessa forma, no horizonte das relações humanas, o Ensino Religioso vincula-se aos direitos humanos.” (OLIVEIRA; STRELHOW, 2013, p. 99).

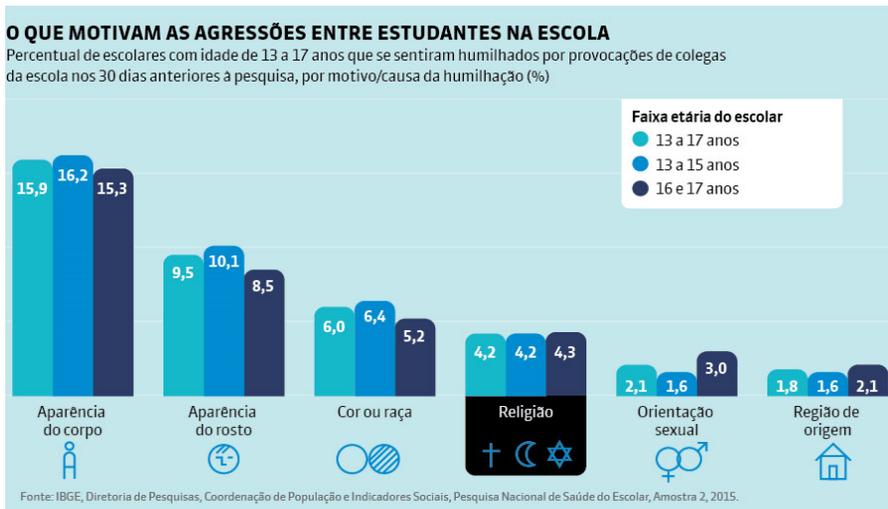
4.1 O COMBATE AO PRECONCEITO E À INTOLERÂNCIA RELIGIOSA

O *bullying*, o preconceito e a intolerância fazem parte da vida escolar como construto da sociedade pós-moderna. Geralmente estes dois últimos são os motivadores do primeiro. Por *bullying* se compreende todo tipo de provocação e/ou humilhação sistemática. A esse respeito, Itani (apud AQUINO, 1998, p. 119) afirma:

Pode-se mesmo afirmar que o preconceito faz parte de nosso comportamento cotidiano. [...]. A sala de aula não escapa disso [...]. Para trabalhar os conflitos decorrentes da intolerância é preciso compreendê-las, saber como se manifestam e em que bases são expressas, notadamente se levarmos em conta que elas não podem ser analisadas fora de seus contextos.

Dados do IBGE (2015), levantados pela Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar, apontam que um grande número de estudantes do Ensino Fundamental e Médio, sente-se vítima de algum tipo de agressão no dia-a-dia escolar. Esses dados demonstram, conforme podemos verificar no gráfico abaixo, que boa parte dessas ofensas é motivada por sua cor de pele/raça ou religião.

Gráfico 1 – Motivação das agressões entre estudantes nas escolas



Fonte: IBGE (2015).

Ocupam o primeiro e segundo lugar os motivos de agressão/*bullying* relacionados à “aparência”, somando mais de 25% das ocorrências. Por vezes, a ideia de aparência do “corpo” ou do “rosto” se refere os traços fenótipos de um determinado grupo étnico, que é vítima com preconceito: negros, índios e mestiços, por exemplo. Especificamente, em torno de 6% (que é um número considerável) dos adolescentes se diz vítima de agressões por motivos relacionados diretamente com sua condição étnica/racial. E mais de 4% por motivos especificamente religiosos. Isso significa um número muito elevado. Podemos dizer, com base nesses dados, que numa turma de 30 alunos, pelo menos 1 se sente discriminado por motivos religiosos, 2 por motivos raciais e 7 por motivos de aparência física.

Como observado, a discriminação e a intolerância ocorrem por motivos diversos, mas estão, em geral, atrelados à questão étnico-racial. A discriminação étnico-racial tem uma versão que é a discriminação da religião que origina de alguma das etnias discriminadas, como é o caso das religiões de matriz africana e as religiões de matriz indígena. Por ser um país com

hegemonia Católica, em face da imposição histórica, em muitos lugares ainda existe a discriminação por pertencer a qualquer outra religião que não seja essa. Alunos “crentes” (evangélicos pentecostais ou neopentecostais) também sofrem esse tipo de preconceito. O Programa de Prevenção à Violência na Escola lançou um estudo dirigido por Miriam Abramovay, em 2015, no qual se apresenta dados sobre essa discriminação.

Uma questão importante é a discriminação religiosa. A escola é o espaço onde se encontram crianças, adolescentes e jovens de diferentes níveis e grupos sociais. Assim, indivíduos com diferentes crenças e identidades, inclusive religiosas, convivem e se relacionam cotidianamente. A discriminação contra adeptos de religiões protestantes, pentecostais e neopentecostais é bastante recorrente, assim como discriminação contra religiões afrobrasileiras. (ABRAMOVAY, 2015, p. 13).

Na tentativa de reconhecer e evitar o problema, necessitamos, primeiramente, perceber a gênese das discriminações étnico-racial e outras no cenário latino-americano. É importante percebermos a relação histórica do discurso racista com a dominação do território americano pelo colonialismo e colonizador europeu. Anibal Quijano descreve de que forma a ideia de raça foi um artifício eficiente utilizado para a dominação dos povos da América.

Na América, a ideia de raça foi uma maneira de outorgar legitimidade às relações de dominação impostas pela conquista. A posterior constituição da Europa como nova identidade depois da América e a expansão do colonialismo europeu ao resto do mundo conduziram à elaboração da perspectiva eurocêntrica do conhecimento e com ela à elaboração teórica da ideia de raça como naturalização dessas relações coloniais de dominação entre europeus e não europeus. Historicamente, isso significou uma nova maneira de legitimar as já antigas ideias e práticas de relações de superioridade/inferioridade entre dominantes e dominados. (QUIJANO, 2005, p. 118).

O mecanismo de sustentação do colonialismo europeu sobre a América, no contexto do mercantilismo e do emergente mundo capitalista, se deu por meio da exploração do trabalho gratuito dos indígenas, africanos e mestiços. A América como um todo foi fundada nesse modelo de exploração colonialista, assim também o Brasil. Mesmo quando se oficializou o fim da escravidão dos índios, isso não significou o fim da exploração do trabalho gratuito desses indivíduos. Em consonância a Quijano (2005, p. 120), a ideia de raça continua a ser o elemento ideológico capaz de legitimar a exploração:

O fato é que já desde o começo da América, os futuros europeus associaram o trabalho não pago ou não assalariado com as raças dominadas, porque eram raças inferiores. O vasto genocídio dos índios nas primeiras décadas da colonização não foi causado principalmente pela violência da conquista, nem pelas enfermidades que os conquistadores trouxeram em seu corpo, mas porque tais índios foram usados como mão de obra descartável, forçados a trabalhar até morrer.

O racismo eurocêntrico também produziu o reducionismo de uma grande variedade de etnias, povos e culturas a simplesmente “índios”, “negros” e “mestiços”, como explica Quijano:

[...] no momento em que os ibéricos conquistaram, nomearam e colonizaram a América [...] encontraram um grande número de diferentes povos, cada um com sua própria história, linguagem, descobrimentos e produtos culturais, memória e identidade. São conhecidos os nomes dos mais desenvolvidos e sofisticados deles: astecas, maias, chimus, aimarás, incas, chibchas, etc. Trezentos anos mais tarde todos eles reduziam-se a uma única identidade: índios. Esta nova identidade era racial, colonial e negativa. Assim também sucedeu com os povos trazidos forçadamente da futura África como escravos: achantes, iorubás, zulus, congos, bacongos, etc. No lapso de trezentos anos, todos eles não eram outra coisa além de negros. (QUIJANO, 2005, p. 127).

O sistema econômico que se sustentava dessa divisão racial do trabalho e da sociedade já não existe, entretanto os efeitos dessa matriz de pensamento, que por quase quatro séculos foi hegemônica, mantêm-se na cultura geral e no senso comum, onde o negro, o índio, o “mulato” e – em alguns casos – o imigrante, são ainda hoje vistos como os preguiçosos, potenciais criminosos, sujos, desordeiros e com todo tipo de adjetivos negativos. Pela origem histórica das periferias no Brasil, transferiu-se quase que automaticamente, aos pobres e favelados, esse conjunto de supostos adjetivos. Enquanto que o branco, luso-brasileiro, católico, foi estabelecido como padrão de normalidade brasileira, ainda que por trás de um discurso oficial de democracia racial e religiosa. Em oposição a isso, nada tem maior potencial para romper com as cadeias da ignorância e do preconceito do que a educação.

Os espaços escolares têm a oportunidade de trazer essas questões à tona, destronando a intolerância que vem pela falta de conhecimento do “outro” e de sua história. Ao lado da disciplina de história, a BNCC coloca a disciplina de Ensino Religioso como potente agente de combate a essas discriminações. Dessa forma, o Ensino Religioso não desenvolve apenas conhecimentos desconexos, mas propõe, através desses conhecimentos, desfazer preconceitos e incentivar a tolerância, dando sentido prático a todo o saber. Conforme descreve o próprio texto introdutório da disciplina na BNCC:

No Ensino Fundamental, o Ensino Religioso adota a pesquisa e o diálogo como princípios mediadores e articuladores dos processos de observação, identificação, análise, apropriação e ressignificação de saberes, [...] busca problematizar representações sociais preconceituosas sobre o outro, com o intuito de combater a intolerância, a discriminação e a exclusão. (BRASIL, 2013, p. 436).

Problematizar as representações sociais preconceituosas sobre o outro é uma função social do ensino religioso, que expressa sua conexão direta com a decolonialidade do saber, desmantelando o pensamento racista e eurocêntrico que se originou na colonização. Essa é uma das várias relações entre os conteúdos do Ensino Religioso e os Direitos Humanos, que são uma expressão histórica da negação do pensamento colonial.

4.2 O ENSINO RELIGIOSO EM PERSPECTIVA INTERCULTURAL

A BNCC afirma ser a interculturalidade um dos fundamentos do ensino religioso, que contribui para o reconhecimento e respeito às diferentes culturas e tradições:

No Ensino Fundamental, o Ensino Religioso adota a pesquisa e o diálogo como princípios mediadores e articuladores dos processos de observação, identificação, análise, apropriação e ressignificação de saberes, visando o desenvolvimento de competências específicas. Dessa maneira, busca problematizar representações sociais preconceituosas sobre o outro, com o intuito de combater a intolerância, a discriminação e a exclusão. Por isso, a interculturalidade e a ética da alteridade constituem fundamentos teóricos e pedagógicos do Ensino Religioso, porque favorecem o reconhecimento e respeito às histórias, memórias, crenças, convicções e valores de diferentes culturas, tradições religiosas e filosofias de vida. (BRASIL, 2013, p. 436).

No trecho citado da BNCC, conduz a posturas de combate ao preconceito, à intolerância e a discriminação que podem se efetivar por meio da prática do ensino por meio do conhecimento e ressignificação de saberes. Por compreender o estudo do fenômeno religioso e das tradições religiosas, o ensino religioso enquanto disciplina escolar pode contribuir para o desenvolvimento da interculturalidade no contexto educacional e social. Para isso torna-se necessário que o educador não se furte de desenvolver o

estudo do cerne da disciplina: as religiões. Não basta falar de “valores”, como o respeito, se o estudante não conhece o que se respeitar. Não há sentido em se falar de alteridade caso não houver compreensão de quem é esse outro, de qual é a religião outro. Junqueira e Kadlubitski (2014) demonstra qual é o valor desse estudo.

[...] cada religião é peculiar, por expressar diferentes linguagens, diferentes formas de acreditar, de celebrar, de rezar, e de relacionarem-se com Alteridade e de simbolizar de formas diferentes esses fenômenos religiosos vivenciados pelos membros de cada cultura. A partir deste pensamento, não há lugar para discriminação e hierarquização de valores e de culturas religiosas, uma vez que as culturas não podem ser comparadas, hierarquizadas. (JUNQUEIRA; KADLUBITSKI, 2014, p. 374).

Portanto, o Ensino Religioso, centrado no estudo do próprio fenômeno religioso já é um elemento de integração intercultural, no que diz respeito às culturas religiosas. Essa compreensão do fenômeno religioso, baseada nos estudos antropológicos, históricos e filosóficos, que compõe a Ciência(s) da(s) Religião(ões) corrobora com o processo de compreensão sócio-histórica dos povos. O resultado dessa convivência é a tolerância, conforme Habermas (2007):

A concepção de tolerância de sociedades pluralistas de constituição liberal não exige apenas dos crentes que entendam, em suas relações com os descrentes e os crentes de outras religiões, que precisam contar sensatamente com a continuidade de um dissenso, pois numa cultura política liberal exige-se a mesma compreensão também dos descrentes no relacionamento com os religiosos. (HABERMAS; RATZINGER, 2007, p. 55).

A compreensão do dissenso, de que se refere o autor é elemento central para a tolerância, uma vez que os indivíduos não precisam pensar da mesma forma para que conviva no mesmo espaço público em ambiente

de respeito. Pelo contrário, está em perceber que no mundo pós-moderno a multiplicidade de concepções está além do que a unidade do pensar e que é na possibilidade dessa constante polissemia conceitual que se encontra os processos de liberdade.

Segundo Scussel (2013, p. 37) a complexidade social e cultural constitui um paradigma do qual a sua leitura no contexto educacional “permite-nos inferir que a releitura do fenômeno religioso construída nesse paradigma indicaria caminhos para o desenvolvimento da cidadania.” Portanto, ser cidadão no mundo multicultural exige a compreensão da complexidade e dos dissensos como parte integrante da vida social. Nesse sentido, o Ensino Religioso ministrado numa perspectiva intercultural é aquele que assegura ao discente o conhecimento do fenômeno religioso sem hierarquizar as diferentes religiões ou sem desconsiderar nenhuma tradição por mero preconceito, oportunizando o conhecimento das diferentes culturas religiosas e o pensamento complexo, percebendo os dissensos quanto às crenças e às práticas cotidianas.

Os elementos da cultura secular estão carregados de conceitos advindos da cultura religiosa. E o mesmo se percebe na cultura religiosa, que está também inundada de elementos da cultura secular. Portanto, é difícil separar uma de outra na esfera pública e não se pode tratar a religião como algo a parte da cultura. A religião integra o cotidiano das práticas culturais em diversos segmentos sociais. Interessa, portando à sociedade, baseada no princípio da interculturalidade oportunizar ambiente dialogal às diferentes religiões e filosofias seculares de vida, de forma que possam conviver no espaço público de forma harmônica e respeitosa.

5 DIREITOS HUMANOS, EDUCAÇÃO E RELIGIÃO: CONCEPÇÕES E DESAFIOS

Diversos são os estudos realizados por organismos oficiais e pensadores das mais variadas áreas do conhecimento sobre a relação entre Direitos Humanos, Educação e Religiões. De acordo com a Cartilha “Diversidade Religiosa e Direitos Humanos”, lançada pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos em 2004 promover entre a juventude e as comunidades religiosas um ambiente de respeito e tolerância é seu objetivo central. O documento foi construído com o auxílio de líderes de dezenas de instituições religiosas e demonstra que é possível unir esforços em torno dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais, no que tange a presença das múltiplas tradições e manifestações religiosas na esfera pública. A garantia da liberdade de crença e culto, preconizada na Carta Magna e na Declaração dos Direitos Humanos é uma forma de garantir que todos indivíduos, independente de suas convicções religiosas ou filosóficas tenham o direito aos demais direitos de forma digna e sem constrangimentos. Isso inclui o direito a educação.

A escola pública, como instituição estatal precisa garantir que tais direitos sejam assegurados e que aqueles que professam um credo religioso sejam tratados da mesma forma que os que optam por outro credo ou por não professar nenhum. A escola precisa garantir também que os indivíduos religiosos não se sintam impedidos de falar da sua fé ou de argumentar suas escolhas como base em suas crenças, pois isso lhes é por direito. Exigir que o religioso venha a se despir de suas crenças e argumentos religiosos ao ingressar no espaço escolar já seria uma forma de coerção e ataque aos direitos fundamentais desse indivíduo. Desta forma, Habermas (2007) propõe que o Estado conceda aos religiosos o direito de se manifestar livremente com argumentos religiosos:

A neutralidade ideológica do poder do Estado que garante as mesmas liberdades éticas a todos os cidadãos

é incompatível com a generalização política de uma visão do mundo secularizada. Em seu papel de cidadãos do Estado, os cidadãos secularizados não podem nem contestar em princípio o potencial de verdade das visões religiosas do mundo, nem negar aos concidadãos religiosos o direito de contribuir para os debates públicos servindo-se de uma linguagem religiosa. (HABERMAS; RATZINGER, 2007, p. 57).

Quando um estudante é constrangido em espaço escolar por suas convicções religiosas, por sua tradição religiosa ou simplesmente por que seu corpo e vestimentas manifestam uma determinada crença, isso viola também seu direito de acesso a educação. A escola deve ser um ambiente acolhedor e livre de qualquer forma de discriminação, tanto por parte de seus colaboradores, bem como de seus estudantes. Oliveira e Strelhow (2013) acrescentam:

[...] o Ensino Religioso, envolto pelos direitos humanos tem o compromisso com a defesa da vida, com a edificação de uma sociedade democrática, com a desconstrução de preconceitos, com o reconhecimento da diversidade, com uma cidadania multiculturalista e com convivência com as diferenças. O Ensino Religioso refletido a partir dos direitos humanos estrutura-se com conhecimentos contrários à subjugação e à dominação, estrutura-se com valores que reafirmam a própria compreensão de direitos humanos: uma construção que provém das lutas libertárias e emancipatórias de homens e de mulheres que visam à construção de um mundo repleto de liberdade, de justiça, de igualdade e de solidariedade. E, enquanto construção, tais objetivos não são algo pronto; eles são um constante processo de construção. (OLIVEIRA; STRELHOW, 2013, p. 102).

Se um direito humano é negado, todo o direito humano é negado. Assim, o direito à educação e o direito à liberdade religiosa não são menos importantes do que os direitos à expressão e a vida. Pois pouco vale a vida se não é possível vivê-la de forma livre e digna. Apesar desse direito

objetivar-se como “universal”, ainda é parcial em se falar da humanidade e da realidade Brasileira. Segundo Hall (2003) o direito a vida ainda é um direito cosmopolita, não garantido a todos seres humanos, apesar de ser o cerne das lutas do ocidente:

O direito de viver a própria vida “a partir de dentro”, que se situa no centro da concepção de individualidade, foi realmente afiado e desenvolvido dentro da tradição liberal ocidental. Mas não é mais um valor restrito ao Ocidente – em parte porque as formas de vida que essa tradição gerou não são mais exclusivamente “ocidentais”. Tornou-se antes um valor cosmopolita e, sob a forma do discurso dos direitos humanos, e relevante para os trabalhadores do Terceiro Mundo que lutam na periferia do sistema global, para as mulheres nos países em desenvolvimento que enfrentam concepções patriarcais sobre os papéis femininos, para os dissidentes políticos sob ameaça de tortura, assim como para os consumidores ocidentais na economia sem peso. (HALL, 2003, p. 85).

Desta forma, é válido recordar da realidade brasileira, como nação colonizada está permeada de negação e desassistência de direitos. Para isso, é indispensável a garantia de um outro direito, também humano, o de acesso a educação e a permanência nas instituições de ensino. Vale lembrar que a educação pública, gratuita e de acesso universal é fruto das concepções educacionais e sociais que se desenvolveram gradativamente desde o século XVI e que esse direito ficou postulado na Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948:

Artigo XXVI - 1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá

a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009, p. 14).

Esse direito é, por vezes, desrespeitado fruto da desassistência e omissão pelo poder público e pela sociedade. A Constituição de 1988 veio consolidar esse direito ao acesso e permanência no sistema de ensino. A LDBEN e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) reforçaram e estabeleceram que toda criança e adolescente tem o direito de estar na escola a partir dos 4 (quatro) anos de idade. Além de ser um direito, o processo educacional também se tornou um processo total. Ou seja, a escola já não é compreendida um espaço opcional – passagem do cidadão e sim permanência. Toda criança tem direito e, ao mesmo tempo, a obrigação de estar na escola. Isso se deve ao entendimento de que a educação é um meio para a humanização e para inclusão dos indivíduos de forma mais igualitária na vida social.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a análise do PNEDH e da BNCC, concluímos que a educação para os Direitos Humanos é parte integrante do currículo escolar brasileiro e que deve ser tema de estudo transversal nos mais diversos Componentes Curriculares. Também compreendemos que o ensino religioso é uma das disciplinas com perspectiva para o desenvolvimento desse ato pedagógico de conhecer e valorizar os Direitos Humanos.

Propõe-se, portanto uma abordagem intercultural no ambiente escolar. Essa abordagem, que objetiva a construção da cidadania, busca pela paz e equidade, ao invés de excluir a religião e as diferentes culturas da esfera pública, passa pelo movimento de inclui-las a fim de garantir o convívio pacífico entre as mais diferentes tradições, em ambiente democrático. Essa

pacificação passa pela mediação do Estado, que pode encontrar formas relações mútuas de respeito a multiplicidade cultural, linguística e religiosas a fim de efetivação dos direitos de seus cidadãos. Tal abordagem exige ressignificação e estudo por parte docente e da sociedade como um todo com objetivo de aproximação e da compreensão histórica dos direitos humanos, afastando-se do discurso do senso comum, da estigmatização e dos preconceitos.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, M. *Programa de prevenção à violência nas escolas*. Buenos Aires: Flacso, 2015. Disponível em: <http://flacso.org.br/files/2015/08/Violencias-nas-Escolas.pdf>. Acesso em: 21 out. 2019.

BRASIL. *Base Nacional Comum Curricular*. Brasília, DF, 2017. Disponível em: http://basenacionalcomum.mec.gov.br/wp-content/uploads/2018/06/BNCC_EI_EF_110518_versaofinal_site.pdf. Acesso em: 9 ago. 2018.

BRASIL. *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos – Caderno de Educação em Direitos Humanos*. Brasília, DF: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República: Diretrizes Nacionais, 2013.

CARBONARI, P. C. *Direito Humanos: Sugestões Pedagógicas*. Passo Fundo: IFI-BE, 2008. p. 65.

HABERMAS, J.; RATZINGER, J. *Dialética da secularização: Sobre razão e religião*. São Paulo: Ideias e Letras, 2007.

HALL, S. Quando foi o pós-colonial? Pensando no limite. In: HALL, S. *Da diáspora: identidades e mediações culturais*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2003. p. 101-131.

IBGE. *Pesquisa nacional de saúde do escolar: 2015*. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv97870.pdf>. Acesso em: 21 out. 2019.

ITANI, A. Vivendo o preconceito em sala de aula. In: AQUINO, J. *Diferenças e preconceito na escola: Alternativas teóricas e práticas*. São Paulo: Summus, 1998.

JUNQUEIRA, S. R. A.; KADLUBITSKI, L. Diversidade Religiosa na Educação no Brasil. *Caminhos*, Goiânia, v. 12, p. 370-385, 2014. Disponível em: <http://seer.pucgoias.edu.br/index.php/caminhos/article/download/3546/2056>. Acesso em: 18 out. 2019.

LANDER, E. Marxismo, eurocentrismo y colonialismo. In: BORON, A.; AMADEO, J.; GONZÁLEZ, S. (comp.). *La teoría marxista hoy: problemas y perspectivas*. Buenos Aires: CLACSO, 2006.

OLIVEIRA, K. L.; STRELHOW, T. M. P. B. Educação Inclusiva e Ensino Religioso: uma articulação para educação em direitos humanos. In: BRANDENBURG, L. E et al. (org.). *Ensino Religioso e Docência e(m) Formação*. São Leopoldo: Sinodal: EST, 2013. p. 93-103.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Ed. 005, 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2019.

QUIJANO, A. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, E. (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Colección Sur Sur, CLACSO, 2005.

REIS, M. de N.; ANDRADE, M. F. F. de. O pensamento decolonial: análise, desafios e perspectivas. *Revista Espaço Acadêmico*, ano 17, n. 202, mar. 2018. Disponível em: <http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/download/41070/21945>. Acesso em: 27 jun. 2019.

MEDIDAS ESTRUTURANTES PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO HUMANO À MORADIA: DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA CIDADE COMO MEDIDA DE JUSTIÇA

Cristhian Magnus De Marco¹
Paulo Junior Trindade dos Santos²
Gabriela Samrsla Möller³

Resumo: O direito à moradia enfrenta uma antinomia: de um lado, consagração do direito à nível fundamental com aplicabilidade imediata e como ODS pela Agenda 2030 da ONU e, de outro, a financeirização da moradia. A antinomia dificulta uma atuação ativa na efetivação desse direito pelo Estado, resultando em políticas públicas incapazes de proteger os mais vulneráveis. O Judiciário brasileiro atua de forma neutra, limitando-se ao controle de políticas públicas ou pela individualização dos conflitos, insuficientes em termos sociais. Critica-se a posição neutra na proteção e efetivação direito à moradia, propondo-se, a partir do direito comparado, a absorção dos litígios estruturantes, ferramenta democrática com viés político e de aderência do contexto social ao direito. Defende-se que a proteção da moradia é fundamental ao desenvolvimento sustentável, principalmente aos mais vulneráveis, sendo o litígio estruturante um dos motes de apoio.

Palavras-chave: Desenvolvimento Urbano Sustentável. Democracia Contínua. Direito à Moradia. Medidas Estruturantes.

¹ Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Professor e Pesquisador na Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; cristhian.demarco@unoesc.edu.br

² Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Professor e Pesquisador na Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; pjtrindades@hotmail.com

³ Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Bolsista CAPES/Prosup; gabi.moller@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O direito à moradia é consagrado em nosso ordenamento à nível fundamental com aplicabilidade imediata e, à nível internacional, é reconhecido como Objetivo do Desenvolvimento Sustentável pela Agenda da ONU de 2030. Em que pesa a ampla proteção, a incorporação do direito à moradia junto ao debate e prática constitucional é parca, pois compreende-se que o canal natural de distribuição da moradia é o mercado, admitindo-se certas políticas subsidiárias para casos extremos: o direito seria exceção, e o mercado a regra. Diante de um sistema deficitário de políticas públicas de moradia, os conflitos relativos à gestão de temas públicos são levados ao Judiciário, que passa a enfrentar um desafio, pois existe uma complexidade inerente à discussão de políticas públicas e direitos sociais.

Entretanto, as decisões do Judiciário brasileiro, assim como em vários países marcados pela tradição jurídica *civil law*, são insuficientes, pois se limitam a aplicar o direito social à moradia na dimensão negativa destes ou por via de aplicação individualizada: um processo bipolar onde o juiz atua como árbitro e aplica o direito reclamado pelas partes, voltado ao princípio dispositivo, à congruência processual e à limitação dos efeitos da decisão entre as partes. Um processo burocrata e onde as partes afetadas e o contexto pouco influenciam na decisão judicial, acarretando sérios prejuízos à efetividade do direito, pois esse manejo processual é incapaz de atender à constitucionalização do direito e à proteção dos mais vulneráveis.⁴

Surge assim a necessidade de se repensar a maneira em que feita a judicialização do direito à moradia, com o fim de expandir a efetivação. Exemplos do direito estrangeiro trazem um novo manejo do litígio que

⁴ Conforme se infere nos estudos sobre medidas estruturantes nesse trabalho. Nessa pesquisa, sem objetivo de exaustão por não ser o foco da pesquisa, consultou-se decisões dos seguintes tribunais no direito à moradia para averiguar os estudos e colacionar exemplos: TJRS (Agi. N. 70079192456, Apelação n. 70070663018), TJSC, TJSP (Apelações Cíveis n. 1025906-55.2018.8.26.0224, n. 1045243-92.2017.8.26.0053 e n. 1045243-92.2017.8.26.0053), TJRJ (Apelação n. 0207241-77.2016.8.19.0001) e STJ.

envolve moradia e demonstram uma evolução no campo: o litígio estruturante, por meio do qual são proferidas medidas estruturantes, cujo enfoque é desenhar um remédio para situações deficitárias que requerem cooperação e implementação de largo alcance, por características inovadoras: existência de participação, transparência, publicidade e diálogo, de modo que o Juízo participe ativamente, flexibilizando o princípio dispositivo, coordenando obrigações aos poderes públicos e que distribua as cargas processuais de forma simétrica, não limitando o judiciário à revisor de políticas públicas proferidas pelos outros poderes. Em uma democracia participativa/contínua o litígio estruturante surge com a proposta de novas práticas para um novo ciclo democrático, onde as instituições são reconfiguradas, fabricando o bem comum por meio de um regime institucional ligado ao espaço público, produzindo assim institucionalizações via experiências vividas, abertas.

Ao contribuir para efetivação do direito à moradia, as medidas estruturantes colaboram para a sustentabilidade urbana. Salienta-se que se fala em desenvolvimento urbano, pois conforme Lefebvre ensina, o urbano é a morfologia social, a filosofia, o pensamento, o que molda a cidade (morfologia material), de modo que o desenvolvimento urbano sustentável busca um novo pensar a cidade, um pensar sustentável em suas várias dimensões.

2 O DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL SOCIAL À MORADIA

Henri Lefebvre (2011, p. 19-20) ensina que o urbano dá vida à cidade: a “cidade” é expressão da morfologia material/estrutural (rua, espaços, edifícios, muros) dando forma à divisão socioespacial, e o “urbano”, por sua vez, é expressão a morfologia social, as relações sociais que se desenvolvem e fundamentam a divisão sócio espacial. A urbanização das cidades foi impactada diametralmente pela industrialização, por via de um processo dialético que inaugura, de vez, a Era Urbana. De fato, hoje 85% da população brasileira aglomera-se nas cidades (IBGE, 2015), lócus existencial

dos problemas humanos. Os problemas desse impacto surgem na medida em que a industrialização se despreocupa com os efeitos sociais que causa junto à urbanização (morfologia social) e, conseqüentemente, no cenário da cidade (morfologia e estrutural). Em não menos notável obra e crítica, Rolnik (2019, p. 26-30), discorre que a partir da primeira década do século XXI ocorre um processo de desconstrução da habitação como um bem social e de sua transmutação em mercadoria e ativo financeiro, convertendo a economia política de habitação em elemento estruturador de um processo de transformação incutido pelo capitalismo. Esse processo é apoiado pela política pública da casa própria, enraizada na ideia de socialização do crédito, incluindo-se assim consumidores de média e baixa renda no circuito financeiro, permitindo a livre circulação por toda a terra urbana. A tomada do setor habitacional pelo financeiro volta-se ao investimento do capital e forma peculiar de reserva do valor.

Inseridos nessa ótica de construção da urbanização e da cidade, a moradia é impactada fortemente, ocorrendo os mais graves problemas habitacionais, como pessoas em situação de rua – pelo menos 100 mil pessoas (*INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA*, 2017) – e um déficit habitacional de 8 milhões de unidades habitacionais (*ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE INCORPORADORAS IMOBILIÁRIAS; FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS*, 2018), num cenário onde 11,4 milhões vivem em favelas construídos em áreas loteadas e não ocupadas; áreas alagadas; áreas de preservação ambiental e áreas de risco, que têm em comum serem territórios abandonados, com perigo social ou ambiental e impróprias, no mais das vezes, para a morada expõem as pessoas aos mais diversos tipos de violência. Não é por coincidência que as pessoas mais carentes estão concentradas em habitações baratas e longe do centro da cidade, demarcando um contraste entre áreas providas de serviços e infraestrutura, no centro, das áreas desprovidas dos mesmos serviços, localizadas em periferias, atrativas somente em razão do preço. Essa morfologia da cidade causa uma profunda divisão socioespacial/

apartheid urbano, erguendo os muros do que Smith (2012, p. 46) denomina a “nova fronteira urbana”: a ideologia que racionaliza a diferenciação social e torna a exclusão algo natural, inevitável.

Hoje estão presentes formas de ordenamento colonial nas cidades, governando a vida dos cidadãos comuns, como naquelas sociedades outrora submetidas ao colonialismo europeu. A nova forma de governar sistematiza-se por uma retirada da regulação social e privatização dos serviços públicos, seja pelo controle da saúde, terra, água, qualidade do meio ambiente, despolitizando as relações, concedendo a parte mais forte um poder de veto e controle da vida e do sustento do mais débil (SOUSA SANTOS, 2010. p. 141) A ideia de um Estado intervencionista muito comprometido com a habitação popular e a criação de empregos parece alucinação ou piada de mau gosto, porque há muito tempo os governos abdicaram de qualquer iniciativa séria para combater as favelas e remediar a marginalidade urbana (DAVIS, 2008, p. 70-71).

No tocante à proteção jurídica do direito à moradia, o Brasil criou nas últimas décadas uma série de normativas e legislação que buscaram acompanhar a evolução do tema a nível internacional propiciada pela ONU, inclusive em 2000 consagrando o direito à moradia como direito fundamental social. É pelo comentário n. 4 da ONU, inclusive, onde melhor se encontra um conceito amplo e profundo do que seria o direito à moradia digna:

- 1) Segurança da posse: a moradia não é adequada se os seus ocupantes não têm um grau de segurança de posse que garanta a proteção legal contra despejos forçados, perseguição e outras ameaças.
- 2) Disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura: a moradia não é adequada, se os seus ocupantes não têm água potável, saneamento básico, energia para cozinhar, aquecimento, iluminação, armazenamento de alimentos ou coleta de lixo.
- 3) Economicidade: a moradia não é adequada, se o seu custo ameaça ou compromete o exercício de outros direitos humanos dos ocupantes.

- 4) Habitabilidade: a moradia não é adequada se não garantir a segurança física e estrutural proporcionando um espaço adequado, bem como proteção contra o frio, umidade, calor, chuva, vento, outras ameaças à saúde.
- 5) Acessibilidade: a moradia não é adequada se as necessidades específicas dos grupos desfavorecidos e marginalizados não são levados em conta.
- 6) Localização: a moradia não é adequada se for isolada de oportunidades de emprego, serviços de saúde, escolas, creches e outras instalações sociais ou, se localizados em áreas poluídas ou perigosas.
- 7) Adequação cultural: a moradia não é adequada se não respeitar e levar em conta a expressão da identidade. (BRASIL, 2013, p. 13).

O mesmo documento também deixa claro o que não seria o direito à moradia adequada, com o fim de resolver as principais objeções: a) não se exige que o Estado construa habitação para todos, o direito à moradia adequada abrange medidas que são necessárias para evitar a falta de moradia, proibir as remoções forçadas e a discriminação, focar nos grupos mais vulneráveis e marginalizados, garantir a segurança da posse a todos, e garantir que a habitação de todos seja adequada, de modo que eventualmente terá de prestar assistência direta; b) o direito à moradia adequada não é somente um objetivo programático, mas de efeito imediato; c) o direito à moradia adequada não proíbe projetos de desenvolvimento que possam remover pessoas, pois as remoções são necessárias eventualmente, porém o direito em questão impõe condições e limites processuais sobre ele, para proteger os afetados; d) o direito à moradia adequada não é o mesmo que o direito de propriedade, por ser mais amplo que o segundo por relacionar aspectos não relacionados à propriedade, visando que todos tenham um lugar seguro para viver. Inclusive o foco único no direito de propriedade poderia levar a violações do direito de moradia adequada; e) o direito à moradia adequada não é o mesmo que o direito à terra; f) o direito à moradia adequada não significa apenas que a estrutura da habitação seja adequada, também deve

haver acesso sustentável e não discriminatório às infraestruturas básicas à saúde: água, energia, aquecimento, iluminação, transporte, esgoto e acesso a serviços de educação e emergência. (BRASIL, 2013, p. 16-19).

2.1 DESENVOLVIMENTO URBANO SUSTENTÁVEL E DIREITO À MORADIA

A atual compreensão de urbanização está atrelada a uma configuração socioespacial revanchista, que levanta fronteiras e é excludente: a polícia urbana torna-se “revanchista” contra os excluídos socialmente (GRAHAM, 2011), buscando assim solucionar o problema da higienização social, pois as classes perigosas de nossos tempos são as incapacitadas para a reintegração e classificadas como não-assimiláveis. São supérfluas e excluídas de modo permanente (BAUMAN, 2005, p. 6).

Para repensar o urbano e a cidade, o desenvolvimento urbano sustentável apresenta uma abordagem alternativa e possível, na medida em que a sustentabilidade se preocupa com a relação do homem com seu ambiente, defendendo que o desenvolvimento humano deve ser, sobretudo, um desenvolvimento sustentável em suas várias dimensões (social, econômica, ambiental, ética e jurídica). Destaca-se que tanto a sustentabilidade como o direito à moradia são objeto de extensa proteção internacional e ambos são vistos, juntos, através do Objetivo do Desenvolvimento Sustentável n. 11 “Até 2030, tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis”, sendo possível afirmar que existe uma atenção ao desenvolvimento urbano sustentável em suas várias dimensões (BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, 2018).

Freitas (2018, p. 941-944) avança e reconhece na sustentabilidade um princípio fundamental, cuja normatividade tem importantes impactos: faz da sustentabilidade diretriz interpretativa vinculante ao ordenamento jurídico, de modo que somente políticas convergentes com a sustentabilidade poliédrica

são constitucionais. A fundamentalidade do direito à sustentabilidade, para o Jurista, se traduz também na absorção dos objetivos transnacionais do desenvolvimento sustentável da Agenda 2030 da ONU e, também, pode-se dizer, da Nova Agenda Urbana (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2018).

Dentro dessa conversação entre dimensões da sustentabilidade na cidade, a moradia possui especial espaço de diálogo e discussão, por buscar qualidade de vida e o desenvolvimento social de sua população. A hermenêutica da sustentabilidade impede, assim, falar de desenvolvimento econômico esquecendo-se do desenvolvimento social (BOSELNAN, 2008, p. 52; DE MARCO, 2014, p. 220-221) – o que torna a financeirização da moradia um problema e desafio a ser enfrentado diametralmente – e traz à tona um intenso desrespeito a suas dimensões: existência e manutenção de zonas desfavorecidas, destinadas a famílias pobres, desprovidas de infraestrutura adequada para o atendimento de necessidades básicas, sem a garantia mínima das liberdades substantivas. Nesse ponto, a sustentabilidade depende da eficácia dos direitos sociais e das políticas públicas ligadas, por exemplo, à moradia. (DE MARCO, 2014, p. 221).

Essa lição pode ser tirada também do que ensina Sen (2000, p. 118-121), para quem o desenvolvimento deve propiciar a expansão das liberdades substantivas (de se nutrir, de não ser violentado), pois essa aumenta as capacidades das pessoas e possibilita que participem da vida social e política. A pobreza, nessa dimensão, é a privação das liberdades substantivas, por isso dizer que a pobreza real pode ser muito mais intensa do que se pode deduzir ao se aferir dados sobre a renda. Na constância do que anteriormente foi afirmado, os direitos – civis e sociais – têm papel instrumental para alcançar o fim do desenvolvimento sustentável, qual seja a ampliação das liberdades substantivas das pessoas para que expandam suas capacidades.

No que toca à moradia, é de relevo à presente discussão também a dimensão jurídico-política da sustentabilidade, voltada à própria

sustentabilidade do Estado (DE MARCO, 2014, p. 222), defendendo-se uma abordagem contínua (ROUSSEAU, 2019) da democracia e de forma ativa-responsiva (NONET; SELZNICK, 2010, p. 120). É nesse sentido que as medidas estruturantes são aliadas na concretização dos direitos sociais, cujo impacto social buscado, sobretudo, deve voltar a possibilitar o aumento da qualidade de vida das pessoas, segurança financeira, produzir oportunidades de desenvolvimento, reduzir condições de vulnerabilidade e fortalecer a cidadania e os direitos fundamentais.

3 O PROBLEMA DA EXIGIBILIDADE/JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais surgem para proteger a pessoa, na medida em que um modo liberal de direitos se mostrou falho para oferecer proteção, obrigando o ente público a garantir níveis essenciais de direito (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 78-116). No ordenamento jurídico brasileiro os direitos sociais são reconhecidos, da mesma forma que os direitos civis individuais, como direitos fundamentais com exigibilidade imediata e com dimensão poliédrica,⁵ diferindo dos civis por subjetivar outras camadas da população que não usufruíam dos direitos fundamentais, assim como, pela dimensão jurídico-objetiva de seus efeitos, agregando aos tradicionais direitos individuais uma dimensão social: o direito a uma moradia digna não consiste somente no direito de acesso a moradia, mas também de não ser despojado de maneira arbitrária (PISARELLO, 2007, p. 60-61 e 76) Mesmo que a Constituição consagre a mesma força normativa aos direitos civis e sociais, muito se discute sobre a existência de diferenciação estrutural entre ambos,

⁵ Os direitos fundamentais sociais e individuais devem ser vistos como poliédricos: positivos e negativos, prestacionais e não-prestacionais, custosos e não-custosos, determinados e não-determinados, o que torna possível pensar na equivalência de seus mecanismos de proteção. Para mais, ver Pisarello (2007, p. 80-90).

defesa feita por argumentos conservadores⁶ que impedem elevar a posição jurídico-prestacional dos direitos sociais à mesma densidade normativa dos direitos civis.

3.1 MEDIDAS ESTRUTURANTES E JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Tradicionalmente, dois modelos são utilizados para a tutela dos direitos sociais: a) um modelo individualizado, nos quais as cortes oferecem solução a um demandante particular; b) em um modelo negativo de tutela, no qual as cortes declaram a inconstitucionalidade de leis que alteram direitos sociais legalizados. Ocorre que não teria nenhum sentido prever direitos constitucional se os poderes constituídos podem não os cumprir indefinitivamente ou submetê-los à discricionariedade política. Em algum ponto os direitos constitucionais devem ser exigíveis inclusive contra a vontade dos poderes constituídos, inclusive para se diferenciar das normas infraconstitucionais (ETCHICHURY, 2017, p. 39-40). Os dois modelos de tutela acima postos tem o descrédito de favorecerem os mais abastados, não fazendo muito pelos pobres. (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 250-253; LANDAU, 2015, p. 204-205). Um terceiro caminho é possível: partir da noção de exigibilidade judicial dos direitos sociais e buscar mecanismos, como as decisões estruturais, cujo benefício é maior respeito ao caráter constitucional dos direitos sociais.

Alcunhada nos Estados Unidos por Owen Fiss, professor de Yale, em meados de 1950, devido à decisão da Suprema Corte que determinou o

⁶ a) restrição da justiciabilidade dos direitos sociais a casos muito extremos; b) argumentos que sustentam que os direitos civis seriam baratos e de fácil proteção, já os sociais seriam custosos e condicionados à reserva do possível; c) excessiva indeterminabilidade dos direitos sociais; d) a posição jurídico-prestacional assenta primariamente em deveres objetivos prima facie do Estado, e não em direitos subjetivos prestacionais derivados da Constituição; e) posição do Judiciário incapacita que exija o cumprimento de obrigações a outros poderes e que disponha de fundos públicos; f) cisão entre PIDCP e PIDESC. Ver Canotilho et al. (2010, p. 12) e Rivadeneira (2015, p. 1.681-1.682).

fim da segregação racial nas universidades e, junto, instituiu uma série de medidas para efetivar a decisão judicial, a qual por si só não se cumpriria, pois exigia uma mudança mais profunda nos hábitos da sociedade. Fiss constatou se tratar de uma diferente forma de justiciabilidade por seu impacto social e caráter polêmico, além de os casos serem ignorados pelos demais poderes (JOBIM, 2013, p. 91-96). Às medidas estruturantes de Fiss, Puga (2013, p. 124-128) – responsável por atuais e relevantes trabalhos sobre medidas estruturantes – acrescenta as construções de Lon Fuller⁷ sobre policentria da litis: a policentria é meio pelo qual ocorrem imbricações que não estão regradadas, determinadas ou definidas institucionalmente, sendo verdadeiras estruturalidades de fato, de modo que a conceitualização de Fuller, menos Estado-cêntrica que a de Fiss, é mais rica para refletir sobre o fenômeno do litígio estrutural e da constitucionalização do direito.

Os litígios estruturais buscam: alcançar um efeito significativo sobre as políticas públicas ou legislação, estimular a realização mais completa do direito na prática, gerar visibilidade aos grupos menos favorecidos, reformar instituições públicas deficitárias. Esses objetivos vinculam-se a uma série de características comuns: participação de múltiplos atores no litígio, uso de ferramentas processuais coletivas, invocação de direitos sociais, remédios judiciais complexos, múltiplas medidas ordenadas pelos juízes, abertura de processos de implementação supervisionada pelos juízes, afastamento dos princípios processuais dispositivo e de congruência, afastamento da atmosfera de animosidade adversarial, sendo articulador, sobretudo para debater soluções. Essa ordem de características do litígio estrutural remete a uma evolução no que tange à participação democrática junto à construção do direito e à uma litigância não mais restrita às individualidades, mas absorvendo os problemas contextuais de forma mais ampla e efetiva. Dentre

⁷ Em obras como Fuller (1969).

os possíveis enfoques do litígio estrutural,⁸ opta-se pelo enfoque sociojurídico, que dá ênfase no litígio estrutural como direito em ação, mais do que nas regras processuais ou substantivas, voltando-se assim ao impacto social, não limitando o processo judicial à decisões individuais, de fraca efetividade, onde o juiz seja apenas um árbitro e onde os afetados não são ouvidos plenamente.⁹

Ao voltar-se a assuntos de massa ignorados por outros ramos do Poder Público, ao Judiciário, caberia espaço para construir a política pública, não se limitando a tomar decisões com base em políticas burocráticas já delineadas (LANDAU, 2015, p. 409-412). O problema começa quando ocorre o desenvolvimento de uma tendência generalizada do judiciário de impor coativamente à administração e legislador orçamento para concessão individual de prestações baseadas na titularidade dos direitos sociais. Em um primeiro momento, pode-se pensar que o objetivo político foi realizado, porém a contrapartida política decorrente dessa imposição judicial concreta pode pôr em causa a força das políticas na área do direito social em questão, afetando diametralmente setores menos favorecidos. Novais (2010, p. 20-29) aponta que “eles não têm condições subjetivas para tanto.” Quem se beneficia dessas políticas são os instruídos, organizados, que podem pagar por bons advogados. Landau (2015, p. 300-304) constata que, de outro lado, medidas mais intensas, como ordens judiciais estruturais são mais comuns para transformar a prática burocrática e impactar positivamente a vida dos mais pobres, pois não exige que todos os afetados litiguem diretamente.

Para compreender as nuances do litígio estrutural, primeiro deve se compreender que a litis (predicado fático) pode apresentar-se como bipolar (interesse meramente individual) ou policêntrica (interesse vai além das partes processuais). O litígio estrutural possui a característica de possuir

⁸ Evitando-se, por exemplo, um enfoque ativista, cujo objetivo do litígio estrutural se volta demasiadamente aos interesses, motivações ou funções da decisão judicial, em detrimento dos impactos sociais da decisão. Ver em Puga (2017).

⁹ Estudo que absorve de forma profunda uma nova proposta de tutela. Nesse sentido, Santos (2018).

litis policêntrica, a qual pode eventualmente estar presente em processos individuais e sempre está em processos coletivos¹⁰ e, por razão de existir litis policêntrica tanto em processos individuais como em processos coletivos, prefere-se falar em litígio estrutural. O caso estrutural se estende mais além do interesse das partes processuais, de modo que a normatividade da decisão regula relações jurídicas que transcendem as partes processuais (PUGA, 2017, p. 189-190). O Judiciário, assim, adquire uma centralidade inusual e suas decisões são muito mais regulativas, com carga mandamental, do que arbitrais (limitadas a existência ou não do direito no caso concreto). Para compreender o litígio estrutural é também necessário observar seus vários momentos: a pretensão regulativa da decisão, ou seja, a semântica teológico-normativa da decisão; a ordem regulativa da decisão, ou seja, a regra expressada na decisão com caráter vinculante, com caráter instrumental; a efetividade regulativa, a correspondência da realidade com a pretensão regulativa – cumprimento e aceitação da pretensão regulativa (PUGA, 2013, p. 133-134).

4 MEDIDAS ESTRUTURANTES E DIREITO À MORADIA: EXEMPLOS DO DIREITO ESTRANGEIRO

O caso *Callahan v. Carey* foi uma ação coletiva movida por sem-teto em Manhattan no ano de 1979, motivados por fechamento de abrigos. O juiz aceitou evidências de que durante os invernos anteriores, os sem-teto sofreram perda de membros por queimaduras, que vários haviam morrido e que o inverno seguinte seria pior por causa do fechamento de vários abrigos. O tribunal ordenou uma liminar temporária exigindo a provisão de abrigo e estabeleceu padrões mínimos de abrigo em relação à largura e construção de camas; o fornecimento de suprimentos; e exigiu que a cidade fornecesse aos

¹⁰ Pense em uma solicitação individual que alega danos por um derramamento químico pode ser o indicativo de um problema maior de contaminação que abarque muita gente (DAMASKA, 2000, p. 272) Em casos assim, o juízo poderia alterar a narrativa individual para litígio estrutural, devido à presença de litis policêntrica.

cidadãos informações claras sobre outras formas de assistência pública a que pudessem ter direito (ICHUR, 1979).

O caso *Olga Tellis v. Bombay Municipal Council* trata de um grupo de pessoas que viviam em vias públicas e foram despejadas pelo governo sem a promoção de moradia alternativa na Índia em 1981. As pessoas reclamaram seu direito fundados no direito à vida, e não no direito à moradia. Na época, metade da população da cidade vivia em assentamentos indevidos e era corrente a violência da polícia para desalojar em massa e demolir e os habitantes eram pessoas extremamente carentes e em sua maioria vinham do interior em busca de trabalho. Os demandantes postulavam que os desalojamentos e demolições parassem até existir o devido processo e alojamento alternativo. Foi decidido que havia infração ao devido processo e, pela complexidade do caso, para cada família foi estabelecido prazo e um mecanismo para acolhimento, assim como reconhecido que habitações construídas há mais de 20 anos deveriam ser indenizadas (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 194-197).

O caso *Grootboom*, deu-se na África do Sul quando uma comunidade de centenas de famílias muito pobres, somando 900 pessoas, as quais viviam em condições degradantes, na iminência de deterioração na época de chuvas, invadiram um terreno destinado a habitação social, construindo habitações rudimentares. O proprietário obteve o despejo e os desalojados interpuseram ação judicial entendendo que o programa de habitação não era razoável, pois não providenciava, no curto prazo, soluções habitacionais. No caso, o Tribunal manteve atitude de autocontenção judicial – o que foi objeto de crítica –, continuando a reconhecer aos demais poderes a elaboração de programas habitacionais, mas apontou a irrazoabilidade da decisão do poder público, negando, porém, a proteção individual no caso e limitando sua decisão a uma espécie de “recomendação” ao poder público, sem previsão de ônus para o descumprimento (LANDAU, 2015, p. 315-320; NOVAIS, 2010, p. 216-218; TRIBUNAL SUDAFRICANO, 2000).

O caso Quisberth Castro, foi interessante no sentido de que a maioria da corte votou e decidiu-o como um caso bipolar, mas um dos Ministros deu seu voto segundo a *litis versasse* sobre um litígio policêntrico, ou seja, estrutural, que dependia de uma decisão sistêmica e não de uma decisão individualizada. O caso envolvia Sonia Quisberth, uma mulher boliviana que vivia na Argentina desde 2000 em situação de rua com seu filho, o qual possuía deficiência mental. Foram ambos incluídos em um programa assistencial pelo período de quatro meses, porém, acabado o período, a mulher e seu filho de novo ficaram sem assistência. Dessa situação foi proposta ação para que a postulante e seu filho pudessem ter acesso a uma moradia em condições dignas para habitação. A Corte decidiu que as autoridades da cidade não haviam cumprido com seus deveres, emitindo ordens para resolver a situação da mulher e de seu filho, porém, mesmo favorável, por reconhecerem que aos direitos sociais se assignava uma operatividade derivada (dependendo dos demais poderes) e que ao Judiciário caberia o controle de razoabilidade, associado ao mínimo vital (ETCHICHURY, 2017, p. 29).

Puga (2017, p. 179-185) em estudo sobre o caso Quisberth Castro, defende que o Ministro Petracchi sustentou a existência de um litígio estrutural, diferente da maioria, que o tratou de forma bipolar. Em seu voto, o Ministro apontou que a demandada não desenhou e nem implementou políticas públicas que permitiram que a população que se encontra em maior vulnerabilidade pessoal, econômica e social, tivessem uma oportunidade de procurar um lugar para viver. A crítica do Ministro se dirige mais a análise da política do Estado do que à intervenção individual e casuística do Estado no caso particular. Para o Ministro, a decisão do caso, o alcance regulativo de sua decisão, chegaria a todas as pessoas em situação de rua que percebessem tão pouco quando a demandante, para as quais não há política de moradia.

Outro caso interessante é o caso dos deslocamentos na Colômbia, causado pelas guerrilhas paramilitares e que atinge de 2 a 3 milhões de pessoas, para os quais o governo muito pouco fez. A partir de 2004, com a

declaração de estado de coisa inconstitucional, e tratando o caso como um problema policêntrico, a Corte passou a usar diversas técnicas para receber informações a entidades várias para saber o quanto gastavam, apoiaram-se em Ongs nacionais e transnacionais, realizaram sessões de estilo legislativo nos quais os grupos participaram e flexibilizaram o regramento processual. O fim desse comportamento foi o de juntar informações para que as ordens fossem específicas, com caráter de diretrizes para que os outros ramos cumprissem o direito, por meio de interação com outros atores do governo, não deixando toda a execução a cabo do legislativo ou executivo. Não buscaram emitir nova legislação, mas procuraram ditar ordens às entidades que tinham jurisdição sobre o tema. A atuação seguiu um enfoque menos formalista, com maior atenção ao debate, sendo mais flexível que os outros poderes (LANDAU, 2015, p. 220-228).

Em 2005 uma pessoa compra um imóvel na rua Ministro Brin em Buenos Aires, ocupado até então por 15 famílias e em mal estado de conservação. Em 2007 o comprador obtém a posse, porém, o juiz redefine a controvérsia ao entender que no processo existia uma diversidade de sujeitos com direito a uma tutela judicial efetiva e que a questão jurídica conflitiva estava integrada pelo direito de propriedade do adquirente de um lado e de outro o direito das pessoas a não serem expostos a uma situação de rua. Por via decisória, foi intimado o chefe do governo de Buenos Aires para que tomasse as medidas necessárias para recolher as crianças e determinar se os grupos familiares poderiam ser incluídos em plano social, do qual obteve resposta que estava esgotada a disponibilidade de moradias, sendo que outras secretarias sequer responderam, mesmo com a imposição de multas. Em atenção a observação geral n. 7 do PIDESC, que impede desalojamentos sem que haja previsão de moradia para as pessoas, foi determinado ao Estado tomar medidas adequadas. O processo foi todo atribulado por cooperação indevida do Município. A sentença do processo foi marcada por uma série

de obrigações a serem cumpridas pelo Estado, o qual esquivou-se alegando a doutrina dos próprios atos e o princípio da boa-fé (TEDESCHI, 2017, p. 93-97).

No caso “Asociación Civil Miguel Bru v. Ministerio de Desarrollo Soc. Pcia. Bs. As. S/ Amparo”, julgado pela primeira instância em 2010, se promoveu um litígio coletivo a fim de que a Província de Buenos Aires e o Município de La Plata articulassem políticas necessárias para efetivar a implementação da Lei n. 13.298 e adotassem medidas para proteger o direito dos menores em situação de rua. O julgamento de primeira instância determinou que a obrigação estatal de garantir os direitos do grupo afetado não se circunscrevia somente a colocar em vigência diversos programas estatais existentes, mas o desenvolvimento efetivo deles, dotando-os de recursos para seu cumprimento. Determinou que a Província de Buenos Aires e La Plata, dentro do prazo de seis meses, procedam a realizar as ações necessárias para a implementação efetiva do sistema de proteção e promoção integral dos direitos das crianças, criando um ou mais paradores para as necessidades básicas de alimento, higiene, descanso e assistência, com equipe média multidisciplinar a disposição (SALGADO, 2017, p. 254-261).

Os casos acima denotam que a tutela judicial estrutural denota um novo tipo de processo, onde o espaço jurisdicional não é somente voltado à satisfação concreta de um direito, mas por meio de um esquema de lutas sociais torna-se espaço de participação especialmente interessante aos mais vulneráveis, conforme se nota em todas as decisões. A medida estruturante pode ser vista como um instituto que promove uma nova expressão da democracia, no que se denomina democracia contínua – contínua por estar em um constante movimento, progressão e abertura –, que se apresenta por ser ruptura à forma representativa/eleitoral, avessa a ela. Os princípios da democracia contínua em muito se diferem da democracia representativa: o princípio político é representação-separação, enquanto que da representativa é representação-fusão; o princípio jurídico é a dupla identidade entre o corpo político e o conjunto de cidadãos concretos, enquanto que na representativa é

o povo-nação; o princípio sociológico é a sociedade de indivíduos, enquanto que na representativa é o Estado-nação. Na democracia contínua a atuação judicial não é catástrofe democrática, pois pensar a democracia é pensar em seu sentido além do sufrágio universal, de modo que o Judiciário também seja parte de pensar o campo constitucional e absorver as complexidades sociais (ROUSSEAU, 2019, p. 128-129). Exerce, sim, um poder contrademocrático centrado no juízo, marcado por ser mais fluido e social do que o ritmo lento das instituições representativas, que expressa a dimensão povo-juiz e estabelece diálogo entre o universo contrademocrático e a esfera eleitoral-representativa (ROSANVALLON, 2010, p. 41 e 191-193).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A consagração do direito à moradia a nível fundamental com aplicabilidade imediata aliado ao seu reconhecimento à nível internacional não são elementos que, por si, bastam a efetivação desse direito. A retórica de defesa de um Estado mínimo, aliado à financeirização da moradia ainda reduzem esse direito à distribuição pelo mercado, o que afeta diametralmente a criação de políticas públicas e a atuação do Judiciário, que ainda aplica tutela predominantemente individual/bipolar, onde o juiz é árbitro, com o controle do dispositivo pelas partes e com uma compreensão rígida da congruência processual. As consequências da posição do Judiciário, nesse contexto, é que ao distanciar-se dos fatos e emitir decisões individualizadas, limita-se a aplicar a norma pré-existente, distanciada dos direitos fundamentais. Por esta razão, principalmente os mais vulneráveis sentem os efeitos dessa proteção débil ao direito à moradia, pois não são eles que vão à juízo postular demandas individuais, eles sequer possuem subjetividade reconhecida.

Como contraproposta à forma tradicional de tutela do direito brasileiro, as medidas estruturantes se apresentam como alternativa democrática com viés político e de aderência do contexto social ao direito,

menos preocupadas em determinar a quem dar razão, e mais em discutir pautas regulatórias para a situação que imbrica um sem número de interesses, preocupando-se com o impacto simbólico da normativa constitucional. As medidas estruturantes, ao proteger e efetivar de forma ampla o direito à moradia, aponta na direção do desenvolvimento urbano sustentável, cujo impacto social buscado, sobretudo volta-se à asseguuração de vida digna às pessoas para possibilitar o aumento de renda, produzir oportunidades de desenvolvimento, reduzir condições de vulnerabilidade e fortalecer a cidadania e os direitos fundamentais.

Para finalizar, na tutela estrutural ao direito à moradia, também aplicado aos demais direitos sociais, permite algumas observações: até onde vai a discricionariedade para o Judiciário decidir se a litis é policêntrica ou bipolar? As vozes de todos os setores envolvidos devem ser escutadas de modo transparente e sem distorção; a publicidade sobre a existência do processo é fundamental, com a notificação de todos eventualmente interessados, por se tratar de debate público; mecanismos de comunicação que vão além da sala de audiências; flexibilização necessária do dispositivo e congruência processual para permitir que o juízo modifique a narrativa bipolar para policêntrica; atuação do juiz é ativa-responsiva, como gestor, diferente do juiz aplicador da lei ou solipsista, pois mais do que ligar-se às motivações de sua decisão, olha ao caso prático e efeitos, passando às demais partes a decisão, e não à sua consciência; a decisão deve conter todas as manifestações dos que participaram do litígio.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Espanha: Editorial Trotta, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE INCORPORADORAS IMOBILIÁRIAS; FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Análise das necessidades habitacionais e suas tendências para os próximos dez anos*. 2018. Disponível em: <https://www.abrainc.org.br/wp-content/uploads/2018/10/ANEHAB-Estudo-completo.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2019.

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *Informe de Sostenibilidad 2018*. Disponível em: <https://publications.iadb.org/es/banco-interamericano-de-desarrollo-informe-de-sostenibilidad-2018>. Acesso em: 8 out. 2019.

BAUMAN, Z. *Confiança e medo na cidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BOSELMANN, K. *O Princípio da Sustentabilidade. Transformando direito e governança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. *Direito à moradia adequada*. Secretaria de Direitos Humanos. Brasília, DF: Coordenação Geral de educação em SDH/PR: Direitos Humanos.; Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013.

CANOTILHO, J. J. G.; CORREIA, M. O. G.; CORREIA, É. P. (coord.) *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DAMASKA, M. J. *Las caras de la justicia y del poder del Estado*. Santiago do Chile: Editorial Juridica de Chile, 2000.

DAVIS, M. *Planeta Favela*. São Paulo: Boitempo, 2008.

DE MARCO, C. M. *O Direito Fundamental à Cidade Sustentável: e os desafios de sua eficácia*. Saarcbrucken: Novas Edições Acadêmicas, 2014. p. 220-221.

ETCHICHURY, H. J. Derecho a la vivienda: exigibilidad, dificultades y desacuerdos. In: BENENTE, M.; THEA, F. (comp.). *Derecho a la vivienda y litigio estructural*. Buenos Aires: Edunpaz, 2017.

FREITAS, J. Sustentabilidade: novo prisma hermenêutico. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 24, n. 3, 2018, p. 940-963.

FULLER, L. *Anatomía del Derecho*. Venezuela: Monte Avila, 1969.

GRAHAM, S. *Cities Under Siege*. The new military urbanism. New York: Verso, 2011.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. *El Costo de los derechos*. Por qué la libertad depende de los impuestos. México: Siglo Veintiuno, 2012.

IBGE. *Censo 2010*. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/pt/noticias-censo?busca=1&idnoticia=2508&t=censo-2010-mostra-caracteristicas-territoriais-aglomerados-subnormais-suas-diferencas-demais-areas-cidades&view=noticia>. Acesso em: 8 out. 2019.

IBGE. *População Rural e Urbana*. 2015. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18313-populacao-rural-e-urbana.html>. Acesso em: 8 out. 2019.

ICHUR. *Case Callahan V. Carey*. 1979. Disponível em: <https://www.escrib-net.org/caselaw/2006/callahan-v-carey-no-79-42582-sup-ct-ny-county-cot-18-1979>. Acesso em: 8 out. 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Estimativa da população em situação de rua de rua no país*. 2017. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=28819. Acesso em: 8 out. 2019.

JOBIM, M. F. *Medidas Estruturantes. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LANDAU, D. *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional. La influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en del derecho comparado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

LEFEBVRE, H. *O Direito à Cidade*. São Paulo: Centauro, 2011.

NONET, P.; SELZNICK, P. *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

NOVAIS, J. R. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra, Portugal: Coimbra Editores, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A Nova Agenda Urbana*. Disponível em: <http://habitat3.org/wp-content/uploads/NUA-Portuguese-Brazil.pdf?fbclid=IwAR2koIM7MtgBh6i57G4fxWeWpbK52Jr7sXIrGdBbJF81bF2GS-zY527FWdAY>. Acesso em: 5 out. 2019.

PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid, Espanha: Editorial Trotta, 2007.

PUGA, M. Justicia Estructural y el Derecho: el caso Quisberth Castro. In: BENENTE, M.; THEA, F. (comp.). *Derecho a la vivienda y litigio estructural*. Buenos Aires: Edunpaz, 2017.

PUGA, M. *La cuestión terminológica: Litigio Estructural*. 2017. Disponível em: <https://www.fiscalias.gob.ar/PDF/JORNADASCABA/Puga.pdf>. Acesso em: 8 out. 2019.

PUGA, M. *Litigio Estructural*. 2013. Tesis (Doctorado en Derecho) – Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013.

RIVADENEIRA, R. A. Derechos Sociales. In: FABRA ZAMORA, J. L.; RODRÍGUEZA BLANCO, V. (ed.). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015. v. 2.

ROLNIK, R. *Guerra dos Lugares. A colonização da terra e da moradia na era das finanças*. São Paulo: Boitempo, 2019.

ROSANVALLON, P. *La Contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*. Buenos Aires: Manantial, 2006.

ROUSSEAU, D. *Radicalizar a democracia. Proposições para uma refundação*. São Leopoldo: Unisinos, 2019.

SALGADO, J. M. *et al.* Proceso Estructural y vivienda social. Estándares para el proceso colectivo de política pública. In: BENENTE, M.; THEA, F. (comp.). *Derecho a la vivienda y litigio estructural*. Buenos Aires: Edunpaz, 2017.

SANTOS, P. J. T. dos. *Filosofia do direito processual (da jurisdição ao processo)*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018. 844 p.

SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SMITH, N. *La Nueva Frontera Urbana*. Madrid: Traficante de Sueños, 2012.

SOUSA SANTOS, B. de. *Descolonizar el Saber Reinventar el Poder*. Montevideo: Trilce, 2010.

SUPREME CORT OF INDIA. *Case Olga Tellis & Ors. V. Bombay Municipal Council*. Disponível em: <https://www.escri-net.org/es/caselaw/2006/olga-tellis-ors-v-bombaymunicipal-council-1985-2-supp-scr-51-esp>. Acesso em: 8 out. 2019.

TEDESCHI, S. Tres decisiones estratégicos para el litigio de derecho a la vivienda. In: BENENTE, M.; THEA, F. (comp.). *Derecho a la vivienda y litigio estructural*. Buenos Aires: Edunpaz, 2017.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SUDAFRICANO. *República de Sudáfrica V. Grootboom*. Disponível em: https://www.academia.edu/36787090/Caso_Grootboom_Sudafrica. Acesso em: 8 out. 2019.

