

ORGANIZADOR
Matheus Felipe de Castro

Série
Ensaios

**DIREITOS FUNDAMENTAIS
E RELAÇÕES PRIVADAS**



Editora Unoesc



ORGANIZADOR
Matheus Felipe de Castro

Série
Ensaios

**DIREITOS FUNDAMENTAIS
E RELAÇÕES PRIVADAS**



Editora Unoesc

Editora Unoesc

Coordenação

Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

Projeto Gráfico: Simone Dal Moro

Capa: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

D598 Direitos fundamentais e relações privadas /
organizador: Matheus Felipe de Castro. - Joaçaba: Edit-
ora Unoesc, 2016. - (Série Ensaios)
156 p. ; 23 cm

ISBN 978-85-8422-082-3

1. Direitos fundamentais. 2. Direito público. 3. Direito
privado. I. Castro, Matheus Felipe de, (org.). II.
Série

Doris 341.27

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor

Aristides Cimadon

Vice-reitores de *Campi*

Campus de Chapecó

Ricardo Antonio De Marco

Campus de São Miguel do Oeste

Vitor Carlos D'Agostini

Campus de Videira

Antonio Carlos de Souza

Campus de Xanxerê

Genesio Téo

Pró-reitor de Graduação

Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão

Fábio Lazzarotti

Diretora Executiva da Reitoria

Lindamir Secchi Gadler

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti

Débora Diersmann Silva Pereira

Andréa Jaqueline Prates Ribeiro

Jovani Antônio Steffani

Eliane Salete Filippim

Carlos Luiz Strapazon

Marilda Pasqual Schneider

Claudio Luiz Orço

Maria Rita Nogueira

Daniele Cristine Beuron

SUMÁRIO

**APRESENTAÇÃO AO LIVRO DIREITOS FUNDAMENTAIS E
RELAÇÕES PRIVADAS 5**

**PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DO DANO MORAL PUNITIVO: A
SUPEREFICÁCIA SELETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 7**
Márcio de Góis

**DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E A MORTE DIGNA
NA REALIDADE BRASILEIRA..... 51**
Beatriz Diana Bauermann Coninck

**A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS
PELO PODER JUDICIÁRIO 89**
*THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF SOCIAL BY
THE JUDICIARY*
Elaine Juliane Chielle

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CASO DE CESARE BATTISTI ..109
Reinaldo Gomes Ferreira

**EVOLUÇÃO DO REGISTRO DE IMÓVEIS E A SUA RELAÇÃO
COM O DIREITO DE PROPRIEDADE 123**
TAÍS MIRELA SAUER

APRESENTAÇÃO AO LIVRO DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES PRIVADAS

A disciplina “Direitos Fundamentais e Relações Privadas”, do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais da UNOESC – Universidade do Oeste de Santa Catarina, inaugura, com a presente coletânea, um projeto de publicação dos artigos finais de conclusão de disciplina dos mestrandos e mestrandas que nos honram com seus estudos no Oeste catarinense.

A disciplina pretende desenvolver estudos sobre a imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, que se constituem em relações assimétricas de poder social e intersubjetivo, num movimento de superação da visão clássica dos direitos públicos subjetivos como direitos do cidadão isolado contra o Estado, com especial ênfase à eficácia dessa aplicação nos Tribunais brasileiros e nas cortes internacionais de direitos humanos.

Num clima de amizade e troca, desenvolvemos a disciplina sob minha responsabilidade, sempre procurando contextualizar os grandes temas dos direitos fundamentais com o momento presente no Brasil, na América Latina, EUA e Europa, buscando produzir um conhecimento que seja capaz de beber nas fontes estrangeiras, sem se esquecer de nossa realidade, preñe de especificidades.

O mestrando Márcio de Góis nos brinda com um estudo sobre as características do dano moral coletivo nas relações do trabalho, através da possibilidade de eventual condenação ser utilizada como modalidade de pena, com natureza punitiva, como vem sendo adotado por parte da jurisprudência brasileira.

A mestranda Beatriz Diana Bauermann Coninck nos fornece um estudo sobre a história da morte e os entendimentos filosóficos sobre esse fenômeno. Busca compreender se a eutanásia e o suicídio assistido seriam prováveis motivadores da chamada ladeira escorregadia; se a ortotanásia

seria uma forma digna de morrer; observar a importância da bioética laica; aferir a validade concreta do direito constitucional à morte digna no ordenamento jurídico brasileiro e examinar os cuidados paliativos, respondendo, a partir desse estudo, de que maneira a morte de pacientes terminais tem ocorrido no Brasil.

Já a mestrandia Elaine Julliane Chielle nos trás um estudo com base na análise dos direitos fundamentais sociais em sua relação com as relações privadas, através de uma breve abordagem sobre a evolução dos direitos fundamentais e suas gerações ou dimensões, que surgiram em decorrência da evolução e reconhecimento dos referidos direitos em determinadas épocas, influenciados por lutas e reivindicações.

O mestrando Reinaldo Gomes Ferreira analisa o caso, polêmico, onde o Brasil é signatário de um tratado internacional com o governo italiano que exigia a extradição de seu cidadão em território brasileiro. O artigo faz uma abordagem sobre a interferência dos direitos fundamentais no caso Cesare Battisti, desde a sua prisão no Brasil até o final dos julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal, que culminou com o direito à liberdade do réu.

Enfim, a mestrandia Taís Mirela Sauer analisa a evolução do Registro de Imóveis no Brasil e a sua relação com o direito à propriedade imobiliária. Num primeiro momento busca a origem da sua criação que, segundo ela, teria ocorrido em face da necessidade de se proteger o crédito no país. Verifica que a atuação dos Offícios de Registro de Imóveis vem se desenvolvendo no sentido de acompanhar evolução do conceito de direito à propriedade e os anseios sociais, incluindo na sua atuação a proteção e a segurança do direito à moradia, a função social da propriedade, do meio ambiente, além de atuar como auxiliar do Judiciário na efetivação de direitos fundamentais.

Matheus Felipe de Castro
Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direitos
Fundamentais da UNOESC

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DO DANO MORAL PUNITIVO: A Supereficácia SELETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

Márcio de Góis

Resumo

Este estudo tem por objetivo analisar as características do dano moral coletivo nas relações do trabalho, através da possibilidade de eventual condenação ser utilizada como modalidade de pena, com natureza punitiva, como vem sendo adotado por parte da jurisprudência. Busca-se, através de um corte metodológico, ressaltar a função social da empresa e o dano moral coletivo como instrumento de efetivação dos direitos sociais. Igualmente, através de releituras do princípio da legalidade, fomenta-se a discussão acerca da (des)necessidade da previsão legal que regule o tema, ainda mais sob o aspecto punitivo do dano moral coletivo. Pretende estudar a teoria do punitive damages e sua (im)possibilidade de aplicação em nosso ordenamento jurídico, haja vista que se trata de uma teoria típica dos países que adotam o sistema common law, lembrando que o Brasil adota o sistema da civil law como regra.

Palavras-chave: Dano moral coletivo. Princípio da legalidade. Punitive damages. Civil law.

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to analyze the characteristics of the collective moral damages in labor relations, analyzing the possibility of any conviction be used as a form of punishment, with punitive nature as it has been adopted by the case

¹ O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE SOB À OTICA DO DANO MORAL COLETIVO DO TRABALHO.. <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178hotg/84k8hu2h/86ro6NoLgMDWHxrv.pdf>. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2015, v. , p. 367-395.

law. One aim, through a methodological approach, stress the social function of the company and the collective moral damage as social rights effective instrument. Also, through readings of the principle of legality, fosters the discussion about the (un) need for legal provision governing the issue, even more under the punitive aspect of collective moral damage. Intends to study the theory of punitive damages and its (im) possibility of application in our legal system, given that this is a typical theory of countries adopting the common law system, noting that Brazil has adopted a civil law system as a rule .

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Moral damage collective, Principle of legality, Punitive damages, Civil law.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo refletir e analisar o instituto do dano moral coletivo e sua natureza punitiva como justificadora de majoração do *quantum indenizatório*.

Através de um corte metodológico realizado entre o Princípio da Legalidade do Direito Penal, busca-se analisar possível ofensa à Constituição Federal quando se aplica o Dano Moral com o intuito punitivo, atribuindo a ideia de pena a tal condenação civil.

Além disso, fomenta a discussão quanto a adoção da Teoria do punitive damages, típica dos países que adotam o sistema da common law, possa vir a ser aplicada no Brasil, que utiliza a civil law.

O presente artigo foi dividido em três seções, utilizando-se da pesquisa qualitativa, pois procura estudar o papel do dano moral coletivo e a possibilidade de o mesmo ser aplicado substituindo e fazendo as vezes de uma pena, a qual não encontra previsão legal expressa em nosso ordenamento.

Dar-se-á por meio de releituras, entendimentos judiciais, fazendo a análise diretamente dos dispositivos em leis, além de análise bibliográfica e jurisprudencial existente a respeito deste tema.

Fora realizado o método qualitativo como escolhido para o desenvolvimento da pesquisa, utilizando-se principalmente de doutrina e jurisprudência, haja vista que o estudo teve como marco o exame de documentos disponíveis para a pesquisa, as leis, e as notícias publicadas em endereços eletrônicos, entre outros.

A primeira e segunda seções tratarão dos princípios debatidos ao longo do trabalho, partindo desde a definição do que seria um princípio até a definição dos princípios específicos que envolvem o tema, em especial o princípio da legalidade.

Já na segunda seção serão estudados o dano moral coletivo e sua definição, sendo que o mesmo é o objeto principal, buscando promover a real diferença entre dano moral individual e coletivo, bem como analisar a necessidade da criação de uma lei especial que regule o aspecto punitivo do dano.

A terceira seção terá por finalidade analisar o dano moral coletivo como uma forma de promover o cumprimento dos direitos fundamentais sociais, analisando a bibliografia recente e as discussões trazidas pela jurisprudência, valorizando a coletividade no atual modelo de Estado e a função que este exerce junto as atividades econômicas.

Promove a discussão sobre os critérios que vem sendo adotados para fixação do dano moral coletivo, bem como a necessidade de reparar ou recuperar o bem jurídico social que foi violado.

1 PRINCÍPIOS

Os princípios são vistos em nosso sistema jurídico como vetores dispositivos direcionados aos operadores do direito e a toda sociedade,

a partir deles se cria a ideia precípua de pilares de sustentação de um ordenamento jurídico fundamentado pela unidade, coerência e completude do ordenamento jurídico como destaca BObbio (2010) e com a finalidade extrema da promoção de justiça.

Destaca Carrazza (2004, p. 33):

Por igual modo, em qualquer Ciência, princípio é começo, alicerce, ponto de partida. Pressupõe, sempre, a figura de um patamar privilegiado, que torna mais fácil a compreensão ou a demonstração de algo. Nesta medida, é, ainda, a pedra angular de qualquer sistema.

Desta forma, é possível concluir que os princípios representam e garantem a unidade do ordenamento jurídico, sendo que como fontes do direito ou como elementos que motivam a criação da legislação, é necessário que a interpretação da norma seja conduzida de forma a observar suas intensões mais intrínsecas que possa se imaginar.

Quanto a isto, corrobora o entendimento Barroso, (2010, p. 317) de que:

No direito contemporâneo, a constituição passou a ser compreendida como uma sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. Rememore-se que o modelo jurídico tradicional fora concebido apenas para a interpretação e aplicação de regras. Modernamente, no entanto, prevalece a concepção de que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à *segurança jurídica* – previsibilidade e objetividade das condutas – os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da *justiça* do caso concreto.

Como disposto acima, resta conclusivo afirmar que a mera interpretação gramatical da lei não pode mais ser observado como regra absoluta sob a ciência da hermenêutica, mas sim antes desta argumentação deve ser utilizado o princípio e os fatores sociais que motivaram o surgimento daquela e de todas as normas, para que assim, ultrapassado esse momento integrativo se possa aplicar o direito ao caso concreto em extrema observância dos princípios que a instruíram.

2.1 DO PRINCÍPIO DA CERTEZA DO DIREITO

Dentro de qualquer Estado de Direito, especialmente dentro de um modelo democrático, encontra o princípio em destaque a representatividade da segurança jurídica à população, a qual não fica à deriva do Estado da prática de condutas que não encontram sua previsão legal e, que conseqüente promovam sanções surpresas aos particulares, neste sentido Carvalho (2009, p. 164- 165) destaca que:

Trata-se, também, de um sobreprincípio, estando acima de outros primados e regendo toda e qualquer porção da ordem jurídica. Como valor imprescindível do ordenamento, sua presença é assegurada nos vários subsistemas, nas diversas instituições e no âmago de cada unidade normativa, por mais insignificante que seja. A certeza do direito é algo que se situa na própria raiz do *dever-ser*, é ínsita ao deôntico, sendo incompatível imaginá-lo sem determinação específica.

Dentro de um dos significados do Direito Penal, pode-se extrair que o mesmo tenha como um dos seus objetivos, controlar o poder punitivo do Estado, nesta mesma linha de que o Direito Tributário, funciona como um estudo direcionado a controlar o poder e a intenção arrecadatória do Estado, sustenta Ferreira (2009, p.32) que:

Sem a exata percepção do primado da certeza do direito não é viável, a quem quer que seja, assimila a relação de implicação que se dá entre o fato (juridicamente qualificado – a primeira hipótese de incidência) e o comando esculpido como reflexo na regra jurídica que o contém (o consequente desejado). Nem muito menos entre o descumprimento de tanto (a secundária hipóteses) e o efeito que a ordem jurídica prevê (a sanção). “(...) a norma é um juízo hipotético-condicional (se ocorrer o fato X, então deve ser a prestação Y), como lapidamente explicou Paulo de Barros Carvalho. Segue, portanto, que a lógica do sistema jurídico não é factual (que conduz a um resultado de causa-efeito), porém a deontológica (que determina o que deve-ser a partir de um antecedente fático normativamente valorado e ocorrido)

Portanto, o ordenamento jurídico que não observa a previsibilidade de uma norma hipotética, também denominado como hipótese de incidência, não pode inferir ao particular o cumprimento de tal obrigação, quanto mais aplicar-lhe uma punição sem a devida prescrição normativa, caso assim o faça promoverá necessariamente um ruptura da evolução democrática conquistada, sendo considerada necessariamente um retrocesso social e um flagrante ao Estado de Direito.

Carvalho (2009, p. 165) destaca que:

Na sentença de um magistrado, que põe fim a uma controvérsia, seria absurdo figurarmos um juízo de probabilidade, em que o ato jurisdicional declara-se, como exemplifica Lourival Vilanova, que a *possivelmente deve reparar o dano causado por ato ilícito seu*. Não é sentenciar, diz o mestre, ou estatuir, com pretensão de validade, o *certum* no conflito de condutas. E ainda que consideremos as obrigações alternativas, em que o devedor pode optar pela prestação A,B ou C, sobre uma delas há de recair, enfaticamente, sua escolha, como imperativo inexorável da certeza jurídica. Substanciando a necessidade premente da segurança do indivíduo, o sistema empírico do direito elege a certeza como postulado indispensável para a convivência social organizada.

Assim, primando pelo princípio da certeza do direito, não nos parece lícito a atribuição de um aspecto punitivo ao dano moral, aumentando eventual condenação, sem a previsão expressa dentro do nosso ordenamento jurídico.

Verifica-se em nosso ordenamento que o Dano Moral em sua essência possui como cerne e fundamento de seu instituto o seu aspecto compensatório e reparatório, desta forma quando se trata de ofensa à coletividade plenamente possível aceitar que o dano Moral seja arbitrado visando compensar a sociedade de forma coletiva do bem sofrido, porém, fomenta discussão quando atribui-se aspecto de pena e punição a uma conduta não definida como passível de sanção e que muito menos possui na letra da lei tal previsão prévia e expressa.

2.2 DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DO (OU NO) DIREITO

Trazendo o princípio da anterioridade tributária, ou princípio da não surpresa, parece que seria totalmente reprovável de que um tributo não pago esteja conduzido ao pagamento de uma multa a qual tenha sido estipulada livremente pelo fisco, sem qualquer medida legal prévia que a justifique, sobre isso leciona Ferreira (2009, p. 34) que:

Lembre-se que é o medo (*rectius*: a certeza e não um mero juízo de probabilidade) da jurídico-material imposição da multa que “estimula” o pagamento do tributo em dia, de sorte que sem o princípio da segurança do (ou no) direito ninguém cumpriria qualquer disposição legal (proibitiva ou obrigatória) que não de seu pessoal interesse e aceitação. [...] O que pode parecer desalentador, por um lapso, por outro pode se apresentar como inexcusável vantagem em relação ao sistema da *common law*: a certeza de que o direito incidirá, não apenas porque logicamente necessário, porém pelo fato de que o Estado Constitucional e Democrático em

que se funda a República Federativa do Brasil impõe, com base em regras claras, precisas e antecipadamente noticiadas, por força e na forma da lei, conferindo tratamento isonômico, impessoal e pautado na segurança (do ontem, do hoje e do amanhã).

Se o Dano Moral Coletivo pode ser aplicado como uma punição, deve existir regramento específico para tal fato, pois no modelo brasileiro que é adotado o modelo da *civil law*, *impõe-se necessariamente a existência de regramento específico determinando o quantum punitivo que estaria sujeito uma empresa que pratica um dano à coletividade nas relação de trabalho.*

Não se procura discorrer que uma empresa que não cumpra com a sua função social e que não observe as condições saudáveis do meio ambiente de trabalho seja afastada do pagamento a coletividade, porém, procura-se fomentar a discussão se a aplicação do dano como pena, sem previsão legal violaria ou não as normas constitucionais.

Admitir tal fato seria imaginar que a prática de um ato não previsto como crime pelo Poder Legislativo, estaria adstrito a uma pena definida pelo Poder Judiciário sem qualquer controle ou legislação anterior que imponha os limites e as circunstâncias que devem fundamentar o quantum a ser fixado.

Resta imprescindível neste momento frisar que a empresa não pode ter como único objetivo a obtenção de lucros a qualquer custo, sendo necessário que a mesma cumpra a estipulação definidas para o cumprimento da sua função social, conforme Coelho, (2012, p. 37) destaca:

Cumpra sua função social a empresa que gera emprego, tributos e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade que atua, de sua região ou do país, adota práticas empresarias sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeito aos direitos dos consumidores. Se sua atuação é consentânea com estes objetivos, e se desenvolve com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita, a empresa está cumprindo sua função

social; isto é, os bens de produção reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial estão tendo o emprego determinado pela Constituição Federal.

Não se pode ignorar que a empresa desconheça que os atos praticados ofensivos a coletividade do meio ambiente do trabalho não trarão efeitos precisos quanto a sua reparação, porém não se pode admitir que a função indenizatória, reparatória do dano moral seja majorada por aspecto punitivo sem a existência de uma lei clara que estipule a previsão normativa da pena, sobre isso Canotilho (apud FERREIRA, 2009, p. 35), que:

O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou as decisões públicas incidentes sobre seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos por essas mesmas normas.

A inexistência de um regramento positivado sobre o tema e a decisão judicial condenando e punindo uma empresa pela prática de atos contra o meio ambiente do trabalho, pode vir a representar uma ofensa ao princípio geral da segurança jurídica. Não que a empresa não deva reparar e ser condenada pelo pagamento de uma indenização, contudo, sem uma lei que defina os parâmetros para a fixação da punição, não há como se admitir que exerça uma função de punitiva, razão pela qual discute a (in) constitucionalidade de tal medida. Ferreira (2009, p. 35-36) leciona que

Assim posto, não há que se duvidar que ambos os princípios – Certeza e Segurança do Direito – configuram bens juridicamente protegidos, não podendo, em âmbito nacional, nem mesmo as mais elevadas autoridades – o Presidente da República, do Congresso Nacional ou do Supremo Tribunal Federal – pretender atrelar a um fato (juridicamente qualificado) resposta outra que não aquela previamente determinada

por lei, salvo se o Estado brasileiro deixar de ser de Direito, se desfeita a separação de poderes e /ou fulminada a independência que lhes foi garantida em 5 de outubro de 1988.

Portanto, quando a justiça do trabalho ignora tal previsão legal, ofende o bem jurídico tutelado da segurança jurídica, ignorando a separação dos poderes e legislando com o crivo de prejudicar claramente o particular que não possui sequer parâmetros legais para impugnar tal punição, salvo a própria ausência legislativa. Carvalho (2009, p. 166) destaca que:

Tal sentimento tranquiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza. Concomitantemente, a certeza do tratamento normativos dos fatos já consumador, dos direitos adquiridos e da força da coisa julgada, lhes dá a garantia do passado. Essa bidirecionalidade passado/futuro é fundamental para que se estabeleça o clima de segurança das relações jurídicas, motivo por que dissemos que o princípio depende de fatores sistêmicos. Quanto ao passado, exige-se um único postulado: o da irretroatividade, que mais adiante será objeto de nossas reflexões. No que aponta para o futuro, entretanto, muitos são os expedientes principiológico necessários para que se possa falar na efetividade do primado da segurança jurídica.

Desta forma, admitir a aplicação de uma pena, na modalidade do aspecto punitivo do Dano Moral Coletivo, promove o debate quanto a possível ofensa aos princípios constitucionais da legalidade e, especialmente da segurança jurídica.

Destaca-se que por mais que quando se fale em coletividade, este interesse deve ser superior ao particular, quando se admite tamanha ilegalidade, ofensa maior traz ao próprio coletivo, pois permite que a separação dos poderes seja ignorada e que o papel do Poder Legislativo seja transferido ao Poder Judiciário.

2.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Quando se fala em punição, traz-se a ideia de que a mesma representa a concretização do fato abstrato descrito na norma, em nosso ordenamento jurídico somente a lei pode definir um fato definido como crime, passível portanto de sanção, destaca Ferreira (2009, p. 40) que

Sem dúvida, esse é o cerne do Estado de Direito e que fixa no direito (na lei) os limites para regular exercício do poder e das próprias relações entre os sujeitos sociais. Embora dele já se tenha tratado em época passada, o enfoque que aqui é outro e transcende a genérica e incontestada conclusão (até porque literal) de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei” e, ainda, de que “não há crime (ilícito) sem lei anterior que o defina”.

Desta forma, o Estado encontra limites em impor deveres e penas ao sujeito pela lei, não pode se admitir em um estado democrático de direito, vigorado pelo modelo da civil law que alguém seja punido sem lei anterior que a defina e especial que qualifique e majore a condenação por dano moral sob um prisma de pena.

Neste mesmo sentido fundamenta Carvalho (2009, p. 167) que:

Também explícito em nosso sistema – Art. 5, II – essa máxima assume o papel de absoluta preponderância. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Efunde sua influência por todas as províncias do direito positivo brasileiro, não sendo possível pensar no surgimento de direitos subjetivos e de deveres correlatos sem que a lei os estipule. Como o objetivo primordial do direito é normar a conduta, e ele o faz criando direitos e deveres correlativos, a relevância desse cânone transcende qualquer argumentação que pretenda enaltece-lo. A diretriz da legalidade está naquela segunda acepção, isto é, a de norma jurídica de posição privilegiada que estipula limites objetivos.

Desta forma cumpre esclarecer nas lições de Paulo de Barros Carvalho, que existe uma proteção ao meio ambiente do trabalho e, que a ofensa à coletividade dos direitos dos trabalhadores deve sem dúvidas ter a devida reparação, bem como deverá ser reparado ou recuperado.

Essa reparação se dá pela modalidade do Dano Moral Coletivo, o qual possui em sua essência a função de reparar e compensar o dano causado. Assim, admitir que o Dano Moral seja aplicado em aspecto e finalidade punitiva, ou seja, de pena, sem lei qualquer que defina os parâmetros, é admitir a subjetividade da punição ao crivo do magistrado, o que traz uma profunda insegurança jurídica.

Em igual sentido destaca Carraza (2004, p. 225) que:

O Estado de Direito limita os poderes públicos, isto é, concretiza-se numa proibição de agir em desfavor das pessoas. Por isso, nele, para a melhor defesa dos direitos individuais, sociais, coletivos e difusos, a Constituição vincula não o Administrador e o juiz, mas o próprio legislador. De fato, tais direitos são protegidos também diante da lei, que deve se ajustar aos preceitos constitucionais. A garantia disso está no controle da constitucionalidade, que, na maioria dos ordenamentos jurídicos, é levado a efeito pelo Poder Judiciário.

Das lições acima, pode-se concluir que existe uma limitação aos poderes públicos, a fim de que o mesmo não atue distante da legalidade ofendendo direito dos particulares. Assim, tendo a ausência de proposição legislativo quanto o dano moral ser aplicado na forma punitiva, evidente que sua aplicação ofende esse modelo jurídico.

Carraza (2004, p. 225) leciona que:

Também no Brasil, só a lei pode compelir as pessoas a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa. Detalhando, só a ela é dado definir delitos e penas, impor deveres administrativos, determinar tributos (ou seja, as importâncias em dinheiro

que os contribuintes deverão desembolsar para fazerem frentes às despesas da coletividade) etc.

Como destacado pelo autor acima, apenas a lei pode definir as penas, desta forma, carente o ordenamento jurídico brasileiro de lei específica que admita que o Dano Moral possui natureza punitiva e de pena, não pode o Poder Judiciário fixar o *quantum indenizatório*, utilizando aspecto punitivo, pois violaria diretamente a Constituição Federal.

Corroborando em seu raciocínio Carraza (2004, p. 225) que:

No Estado de direito o Legislativo detém a exclusividade de editar normas jurídicas que fazem nascer, para todas as pessoas, deveres e obrigações, que lhes restringem ou condicionam a liberdade. Também o Poder Público limita seu agir com tais normas, subordinando-se, assim, à ordem jurídica e passando a revestir, a um tempo, a condição, de autor de sujeito de direito (Jellinek).

Partindo da máxima de que existe em nosso ordenamento jurídico uma separação de poderes e, compete ao Poder Legislativo por integrantes eleitos pelo povo disciplinarem quais as normas jurídicas e sanções que devem incidir sobre os particulares, não pode e não possui legitimidade o Poder Judiciário em aplicar penas e punições quando a lei não as comine, quantifique e as defina.

Carraza (2004, p. 227) leciona que:

O inc. II do Art. 5 da CF encerra, pois, um dogma fundamental, que impede que o Estado aja com arbítrio em suas relações com o indivíduo, que, afinal, tem o direito de fazer tudo quanto a lei não lhe proíbe, nos termos do clássico brocardo: *cuique facere licet nisi quid iure prohibetur*. Em resumo, qualquer intervenção estatal sobre a propriedade ou a liberdade das pessoas só pode advir de lei. O legislador, ao elaborar a lei, deve obviamente, obedecer a Constituição. Não demoraremos, porém, em demonstrar esta arcaica verdade.

O que queremos enfatizar é que não é só ele que deve fazê-lo. Mais até o legislador, o administrador público e o juiz – por não serem senhores, mas servidores da lei – estão intensamente subordinados à Constituição inclusive a seus magnos princípios. É a ela, antes da própria lei, que devem mirar, enquanto desempenham suas relevantes funções.

Quando o poder judiciário fixa os Danos Morais Coletivos, elevando o patamar de sua condenação em aspecto punitivo – teoria da pena – essa majoração dada pelo magistrado sinaliza uma pena concreta sem a definição prévia de lei abstrata que preveja a aplicação desta sanção.

Desta forma, a decisão que majora os danos morais com base no aspecto punitivo, ofende diretamente o Art. 5º, inciso II da Constituição Federal, pois, sem lei anterior que preveja a pena, sua quantificação, sua delimitação, bem como sua existência, invade o patrimônio do indivíduo sem qualquer previsão legal que a sustente.

Contudo, evidente que a ofensa a um bem jurídico coletivo deve ter sua desvalorização, razão pela qual, a priori tal ferramenta é eficaz para coibir o descumprimento de normas sociais e garantir a efetividade das mesmas, promovendo um efeito de reprovabilidade da conduta.

Como se verá nos tópicos seguintes, busca valorizar tal instituto para o cumprimento dos direitos sociais, da tutela coletiva dos direitos dos trabalhadores, contudo, os fins não podem justificar os meios que vem sendo empregados, razão pela qual a definição de uma lei sobre o tema é medida que se impera.

2.4 - PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

Representando a segurança jurídica, após as conquistas trazidas a partir da Revolução Francesa, o princípio da Reserva Legal possui um status de norma fundamental muito importante, conforme desta FRAGOSO (2006, p. 90) que:

No campo do direito punitivo, em face do princípio da reserva legal (Art.1, CP) somente as leis, em sentido formal, constituem as normas penais. Assim, medidas provisórias não podem tratar de matéria penal, CF n 85 infra. O costume tem apenas valor subsidiário, não podendo fundamentar a criação de crimes ou agravamento de sanções, nem abrigar uma disposição legal. Tem apenas valor subsidiário, podendo porém servir para exclusão da ilicitude do fato ou da culpabilidade. O costume nestes casos tem função integradora (*praeter legem*)

Como se sabe a definição de dano moral trazida em nossa legislação não possui como elemento e critério de fixação o teor punitivo, sendo que utilizar tal punição de forma análoga pode confrontar diretamente com o princípio da reserva legal, sobre isso ressalta Fragoso (2006, p. 105) que:

A analogia é recurso indispensável, em face da existência de lacunas aparentes no direito positivo. No direito penal, todavia, sofre ela as limitações impostas pelo princípio da reserva legal (*nullum crimen, nulla poene sine lege*) inscrito no art. 1 do nosso código vigente. Não é possível aplicar analogicamente a lei penal para criar novas figuras de delito ou para contemplar pena ou medida de segurança que não estejam taxativamente previstas, ou para agravar a situação do ré (*analogia in malam partem*.)

Fragoso (2006, p. 105) comenta que nossa lei penal possui uma grande dominação pelo princípio da reserva do legal, especialmente como ressalta o próprio artigo primeiro do Código Penal na qual determina que “ Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, a presença de tal princípio que está inscrito nas constituições é uma representatividade dos regimes democráticos.

Fragoso (2006, p. 107) destaca que:

No direito romano, ao tempo da *questiones perpetuae* estavam os magistrado *adstritos* à previsão legal anterior para os crimes e as penas a serem aplicadas, quanto aos crimes pública (legítima, ordinária). Tais crimes eram previstos nas *legis corneliae e Juliae*, constituindo o *ordo judiciorum publicorum*. Uma passagem de Paulo inserta no Digesto (D. 50.12, 131, 1), estabelece: *poena non irroatur, nisi quae quaque lege, vel quo alio jure specialiter huic delicto imposita est. Essa regra, todavia, deixou de prevalecer no direito posterior, com a instituição da cognitio extraordinária, na qual se concedia grande arbítrio judicial, permitindo-se a punição como crimina extraordinária de fatos reprováveis, por analogia (ad exemplum legis) (D. 48.4.7, 3). Passam a esta categoria, no último período, os crimes que constituíam o antigo direito penal privado.*

Pode-se verificar que durante a *cognitio extraordinária*, tinha-se a possibilidade de que a os fatos reprováveis que não estivessem previstos na legislação anterior, dada a sua reprovabilidade poderiam por analogia ser definidos como crimes. Continua Fragoso (2006, p. 108):

Surge o princípio no direito moderno como fruto do direito natural e da filosofia política à época do Iluminismo, orientada no sentido de proscrever a insegurança do direito, o arbítrio e a prepotência dos julgadores na administração da justiça criminal. Montesquieu, com a teoria da separação dos poderes, afirma que o juiz não pode, sem usurpação dos poderes que competem ao legislativo estabelecer crimes e sanções.

Com a teoria da Separação dos poderes, não cabe mais ao magistrado definir crimes, papel que compete ao poder legislativo. Contudo, diante dessa proibição faz-se importante destacar na lição de Fragoso (2006, p. 15) que “O Direito Penal, como direito público, distingue-se marcadamente do direito civil, pois a sanção própria deste último é apenas reparatoria (Restituição, ressarcimento, execução coativa, nulidade).”

Verifica-se que neste sentido, que o objeto do presente estudo, especialmente na função do direito civil, qual seja a restituição ou ressarcimento, o Dano Moral Coletivo e na sua aplicabilidade punitiva, temos uma proximidade do Dano Moral Coletivo e a aplicação da punição com o Direito Público, especialmente pois a destinação do valor arrecado com o Dano Moral Coletivo será o Estado e não o particular lesado necessariamente.

Fragoso (2006, p. 348) destaca que:

Pena é a perda de bens jurídicos imposta pelo órgão da justiça a quem comete crime.

Trata-se da sanção característica do direito penal, em sua essência, retributiva. A Sanção penal é, em essência retributiva porque opera causando um mal ao transgressor. Distingue-se assim das demais sanções jurídica, que, em regra se destinam a à reposição do *status quo ante* através da reparação ou da restituição. Quem deixa de pagar uma dívida, transgredir uma norma do direito priva e terá como sanção civil a obrigação de pagá-la coativamente, indenizando o dano causado ao credor.

Fragoso (2006, p. 349) destaca que *“Prevalecem em relação à pena os princípios da legalidade e o da personalidade. Segundo o primeiro, nenhuma pena pode ser imposta sem que esteja prevista em lei anterior ao fato (Art.1, CP; Art. 5, XXXIX, CF)”* Desta forma diante do caráter punitivo do Dano Moral Coletivo e, caso a aplicação de tal condenação seja atribuído esse aspecto, poderia supor uma eventual ofensa a tal disposição.

Teles (2006, p. 43) destaca que: *“Se o homem, apesar da ameaça, não se intimida e pratica o fato definido como crime, poderá receber a pena correspondente. A pena será aplicada – pelo julgador – observância de normas legais que tratam da individualização. O julgador não é livre para escolher a qualidade nem a quantidade da pena.”* Desta forma, não há possibilidade da livre escolha sobre a quantidade da pena, devendo

necessariamente existir uma normal legal prevendo sua quantificação, evitando uma ampla liberdade do magistrado ao caso concreto.

Cumprido observar que no Direito Civil, que regula as relações referente a indenização por Dano Moral, traz em seus artigos 186 e 187 as condições que resumem a teoria da responsabilidade civil, trazendo o seu imediato consequente no Artigo 927 do Código Civil, que estabelece “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Verifica-se, portanto, que a intenção do legislador foi de expressar que o dano deverá ser reparado, assim, o legislador não teve a intenção que o dano fosse punido ou tivesse aspecto ou critério de punição na majoração do quantum indenizatório.

Zaffaroni et al. (2003, p. 203) observam que:

A CR não admite que a doutrina, a jurisprudência ou o costume sejam capazes de habilitar o poder punitivo. Não obstante, os usos e costumes servem para estabelecer os limites da tipicidade penal quando a própria lei, de modo tácito ou explícito a eles se remete: limites da fraude no comércio, o conceito de “objeto obsceno”, o devido cuidado em múltiplas atividades não regulamentadas etc. Tal garantia deve ser entendida de boa-fé, ou seja, não pode ser invertida em benefício da arbitrariedade. O princípio significa que a doutrina e a jurisprudência não podem habilitar o poder punitivo além da lei, mas de modo algum acarreta o cancelamento da supremacia constitucional, mediante a pretensão de que a jurisprudência não pode limitar o poder punitivo, ao reduzir a termos racionais o alcance meramente semântico da lei, ou de que a doutrina não pode propor às agências judiciais essa redução.

Os Tribunais devem exercer a sua função judicial e não podem promover a criação de novos tipos penais e muito menos aplicar penas

aqueles fatos que não estão definidos como tais, sobre isso destacam Zaffaroni et al. (2003, p. 203) que:

Os tribunais não são fonte de produção da legislação penal nem a jurisprudência é fonte de seu conhecimento. Por outro lado, excetuados aqueles casos em Supremo Tribunal Federal, exercendo o controle concentrado, declara formalmente a inconstitucionalidade de uma lei, a autonomia de critérios dos juízes não pode ser limitada legalmente no restante sistema de controle difuso de constitucionalidade, motivo pelo qual toda pretensão de jurisprudência obrigatória é inconstitucional.

No entanto, parecer que merece ser observado e valorizado, a definição trazida por Zaffaroni et al. (2003, p. 356) que:

No campo do direito privado se acentua o declínio da responsabilidade individual e do abandono da culpa – civil – como fundamento da responsabilidade, com a consequente aplicação de postulados da responsabilidade objetiva, com ineficácia de cláusulas de exoneração ou limitação. Por sua vez, observa-se a recepção das categorias de pena privativa de liberdade ou de dano punitivo do âmbito anglo-saxão, associadas a uma ideia de prevenção, quando o ressarcimento do prejuízo é considerado insuficiente. Isto significa que, por vontade das partes ou por mandado legal, sem recorrer aos princípios penais, condutas são sancionadas mediante imposição de uma soma de dinheiro em favor da vítima, do estado ou de um terceiro. Afirma-se que tal solução é adequada quando medeia um enriquecimento ilícito, obtido pelo ato injusto, ou quando sua dimensão social é maior que o dano individual provocado. Trata-se ali de uma tendência inversa à penal, porque parte da reparação para obter prevenção.

Assim como destacado pelo autor acima, tendo em vista o papel social que representa o exercício da atividade empresarial, tendo essa provocado um dano coletivo aos direitos sociais dos trabalhadores, fraco

seria imaginar que a indenização não deveria ter o seu caráter sancionador, uma vez que promoveria um incentivo a prática de novas ações que põem em risco a vida e a saúde do trabalhador.

No entanto, tendo em vista que no nosso ordenamento jurídico vigora o princípio da reserva legal, imprescindível a elaboração de uma lei que defina os critérios para a aplicação de tal punição, sua previsão, critérios bem como o destino do valor arrecadado.

3 DO DANO MORAL INDIVIDUAL E COLETIVO

Cumprido destacar que o trabalho desenvolvido, estende a discussão quanto o dano moral coletivo do trabalho, portanto, necessário que seja estabelecida a diferença entre dano moral individual e o dano moral coletivo. Sobre isso, leciona Santos (2011, p. 3/4)

Podemos afirmar que, contrariamente à lógica mais simplista, ou sob uma análise semântica, institutos do direito coletivo não podem ser visualizados como um sequenciamento, somatório, extensão ou desdobramento dos direitos individuais. Por exemplo, a dispensa coletiva não é apenas um somatório ou multiplicidade de dispensas individuais de trabalhadores, da mesma forma que o dano moral coletivo não é um somatório ou uma pluralidade de danos morais individuais. Cremos que neste ponto fulcral reside a maior confusão conceitual entre o dano moral individual e o dano moral coletivo e sua efetiva aplicabilidade no mundo do Direito do Trabalho.

Como destacado acima, não se pode afirmar que a soma de diversos danos morais individuais, seja necessariamente e implique na existência de um dano moral coletivo. Devese além da universalidade de sujeitos existir uma ofensa a uma norma coletiva social e, desta forma, sob a análise da Lei 8.078/90, em seu Art. 80 parágrafo único, inciso II “interess-

es ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;” Moraes, (2011, p.54) destaca que:

A Constituição federal prevê o direito de indenização por dano material, moral e à imagem, consagrando, no inciso V, do Art. 5, ao ofendido a total reparabilidade em virtude dos prejuízos sofridos. A norma pretende a reparação da ordem jurídica lesada, seja por meio do ressarcimento econômico, seja por outros meios, por exemplo, o direito de resposta. O art. 5, v, não permite qualquer dúvida sobre a obrigatoriedade da indenização por dano moral, inclusive a cumulatividade dessa com a indenização por danos materiais.

Não pairam dúvidas quanto a existência do dano moral em nosso ordenamento jurídico, contudo, inexistente qualquer norma específica que regule o dano moral coletivo, ainda mais em seu aspecto punitivo. Desta forma, fomenta a discussão, a partir da premissa se realmente existe a necessidade de uma norma jurídica clara que defina a existência e os aspectos do dano moral coletivo ou se o poder judiciário possui legitimidade para defini-lo e aplica-lo sob o modelo de pena. Dalmartello (apud CAHALI 1998, p. 20) leciona que:

Parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, “ como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precioso na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos”; classificando-se desse modo, em dano que afeta a “ parte social do patrimônio moral “ honra, reputação etc.. e dano que molesta a “ parte afetiva do patrimônio moral” (dor, tristeza, saudade, etc) ; dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc) e dano moral puro (dor, tristeza, etc).

Contudo, verifica-se neste orbita do direito coletivo do trabalho, que o dano moral que se busca estudar neste trabalho é muito mais elevado e muito mais amplo do que a definição do Dano Moral Individual. Pois além de sofrer uma ofensa a orbita individual, resta necessário que acrescente-se a ofensa a norma coletiva social. Santos (2011, p. 3-4) argumenta que:

O dano moral individual configura-se quando a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, a reputação da pessoa do trabalhador são atingidas por ato abusivo ou ilícito do empregador, no âmbito da relação empregatícia, tendo como pressupostos a dor moral, a angústia, a humilhação, o constrangimento etc. Já o dano moral coletivo apresenta um tratamento meta ou transindividual, relacionado aos direitos difusos e coletivos de uma comunidade de indivíduos, no caso de trabalhadores. Portanto, o dano moral coletivo não se confunde com o dano moral individual, pois enquanto este é um instituto de Direito Individual do Trabalho, com características peculiares, aquele pertence ao Direito Coletivo do Trabalho e possui regras, princípios e institutos próprios, denotando a necessidade de uma diferente leitura jurídica.

Verifica-se que a tutela social deve ser muito maior pois atinge um número (in)determinado de pessoas, além de atingir direitos transindividuais, que são direitos indisponíveis que não pertencem a um particular isolado. Santos (2011, p. 4):

O dano moral coletivo pode ser verificado em qualquer abalo no patrimônio moral de uma coletividade a merecer algum tipo de reparação à violação a direitos difusos, coletivos ou eventualmente direitos individuais homogêneos⁵, tendo surgido em face dos novos interesses e direitos da sociedade moderna de massa, que exige uma efetiva tutela jurídica a direitos moleculares [...] Xisto Tiago Medeiros Neto conceitua dano moral coletivo como “lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade (considerada em seu todo ou em qualquer de suas

expressões – grupo, classes ou categorias de pessoas), os quais possuem natureza extrapatrimonial, refletindo valores e bens fundamentais para a sociedade”.

O princípio da função social da empresa, trouxe a partir da definição da função social da propriedade, a certeza de que a exploração da atividade econômica deve acompanhar o respeito e a garantia das normas sociais, ambientais e consumeristas. Assim, violando direitos difusos e coletivos que afetam a sociedade necessário a implementação de uma condenação. Nesta relação, tem a empresa o status de devedor e, deve necessariamente figurar toda a sociedade como credora e, havendo um descumprimento das obrigações sociais contraídas, evidente a existência de dano objetivo e, necessário a sua imediata reparação. Santos (2011, p. 05):

Assim, o dano moral individual, de natureza subjetiva, fulcra-se no art. 186 do Código Civil, e o dano moral coletivo, de natureza objetiva, tem por fundamento o parágrafo único8 do art. 927 do mesmo Código Civil, de forma que não se exige, no plano fático, que haja necessidade de se perquirir sobre a culpabilidade do agente. Basta que se realize, no plano dos fatos, uma conduta empresarial que vilipendie normas de ordem pública, tais como o não atendimento das Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego no meio ambiente laboral, a não contratação de empregados com necessidades especiais ou portadores de deficiência (art. 93 da Lei nº 8.213/91), de aprendizes (arts. 428 e seguintes da CLT e Decreto nº 9.558/2006), discriminação, trabalho escravo, assédio moral ou sexual, atos antissindicais, fraudes trabalhistas, etc.

Assim, verifica-se a necessidade da empresa cumprir sua função social e respeitar as normas coletivas sociais, caso não as pratica e viole, necessária é a condenação por dano morais coletivos.

Em 05/06/2014 entrou em vigor a Emenda Constitucional de nº 81, mais conhecida como a PEC do Trabalho Escravo, esta alteração promoveu

a inclusão no Art. 2432 da Constituição Federal, da desapropriação confiscatória da propriedade pela presença de exploração de trabalho escravo, trata-se de outra medida em que coloca a sociedade como credora e promove uma exigência das atividades econômicas, qual seja, o cumprimento das obrigações sociedades contraídas quando iniciaram sua atividade empresarial.

3.1 DA TEORIA DO PUNITIVE DAMAGES

A teoria do punitive damages é o cerne e eixo fundamental do presente trabalho, pois ao que tudo indica é ela que trouxe a aplicação do aspecto punitivo ao dano moral, em relação a ela destaca Schreiber (2012, p. 19) um exemplo para iniciar a contenda:

Stella libeck, uma distinta senhora de 79 anos de idade, entrou para a história do direito norte-americano ao comprar um café numa lanchonete *drive-through* da rede McDonald's. Sentada no banco passageiro de um carro, ela colocou o copo de café entre as pernas e tentou remover a tampa de plástico, puxando-a na sua direção. Acabou derramando todo o conteúdo do café nas próprias pernas e sofrendo queimaduras de terceiro grau. Stella ficou oito dias hospitalizada e passou por um longo tratamento médico. Recuperada, propôs ação judicial contra o McDonald's. Um júri formado por doze pessoas decidiu que a rede deveria pagar a Stella 200 mil dólares, a título de compensação pelos danos sofridos, e quase três milhões de dólares, a título de punitive damages.

² Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

Neste exemplo verifica-se que não se está utilizando o dano moral em seu aspecto compensatório, tal medida traz uma outra órbita que merece ser tutelada, qual seja, a reprovabilidade da conduta e o dever de segurança na prestação ou fornecimento de serviços.

Cahali (1998, p. 490) leciona que:

Portanto, no prudente arbitramento da indenização do dano moral sofrido pelo obreiro, o juiz terá em conta as peculiaridades de cada caso concreto, fazendo incidir certos princípios informadores próprios da quantificação do dano moral em geral, ministrados pela doutrina e pela jurisprudência, seja em função da natureza e da função da reparação, seja igualmente tendo em vista a conduta do empregador e as condições pessoais das partes.

Desta maneira, constatado a conduta do empregador e a violação de direitos sociais coletivos e, o perigo aparente ou abstrato que se impõe a coletividade, a aplicação do punição ao dano moral é medida que se impõe, haja vista sua reprovabilidade.

Em relação a previsão legal Schreiber (2012, p. 20) destaca que

O instituto não encontra previsão expressa no direito Brasileiro. Em nossa tradição a punição sempre foi desempenhada pelo direito penal, reservando-se ao direito civil uma função exclusivamente reparatória. Entretanto, no campo do campo do dano moral, o espírito punitivo tem feito estrada. No afã de assegurar indenizações mais elevadas às vítimas, a doutrina brasileira tem aludido a um “duplo caráter” da indenização por dano moral, que combinaria (i) o caráter compensatório, voltado a reparar o dano sofrido, e (ii) o “caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação se veja castigado pela ofensa que praticou”. Diversos, autores sustentam, nessa direção, que a “indenização do dano moral tem um inequívoco sabor de pena, de represália pelo mal injusto”. Outros doutrinadores diferem, de modo mais velado, a uma função “pedagógica” ou dissuasiva, sendo certo que, em qualquer caso, o agente se vê

obrigado a indenizar a vítima em quantia declaradamente superior ao dano moral sofrido.

Desta forma, tendo em vista que a teoria é típica dos países que adotam o sistema da common law pairam as dúvidas quanto a (des)necessidade de previsão legal sobre o instituto e se sua aplicação no Brasil, haja vista possível violação ao princípio da legalidade. Cahali (1998, p. 490-491) leciona que:

Assim: a) o dinheiro, pela força do seu poder aquisitivo, visa permitir a que o ofendido obtenha satisfações que contrabalançam o mal sofrido: não se cuida de indenizar o *pretium doloris*, mas conceder um valor necessário para atribuir ao lesado uma consolação, ou satisfação substitutiva, como compensação da dor, do sofrimento padecido; b) na quantificação do dano moral, no caso, exige-se que se levem linha de conta os efetivos prejuízos morais sofridos pela vítima, a sua condição econômica, a posição social que desfrutava, o seu conceito entre os colegas e na sociedade, a projeção de sua atividade para o futuro e a situação à qual se viu reduzido; c) embora o escopo fundamental da responsabilidade civil seja a reparação do dano sofrido pelo lesado, e não a punição do lesante, há de se ter presente que na problemática do dano moral, além dessa finalidade compensatória, como forma de reparar a dor do lesado, também existe uma finalidade punitiva; além disso, a indenização do dano moral exerce uma função admonitória, valendo com advertência para que o ofensor não venha a reincidir na prática de atos atentatórios aos direitos de personalidade de outrem; d) daí porque, no arbitramento, se há de levar em consideração o grau de culpa do lesante, a sua condição econômica, a maneira como procurou recompor o prejuízo provocado.

Verifica-se neste aspecto que a prática de atos que ofendem os direitos sociais do trabalhador, feitos de forma totalmente voluntárias

visando negligenciar tais garantias, deve ter sua reprovabilidade através da elevação da condenação.

Para fomentar a discussão, verifica-se que as empresas que não cumprem com a legislação trabalhista, de acordo com a Lei nº 12.440/2013, não conseguem mais sua habilitação para contratar com a administração pública, contudo, podem continuar atuando no fornecimento de seus produtos aos particulares.

Desta forma, a Condenação em Dano Moral Coletivo, através da teoria da punição do Dano é medida necessária para acabar com a prática reiterada que promove uma ofensa direta aos direitos sociais coletivos.

Através de uma condenação alta, em valores que afetam o patrimônio das empresas, ter-se-á a desvalorização para a prática de tais condutas antissociais e, que caso não se adequem deverão necessariamente desaparecer do mercado.

Contudo, a condenação deve ser regulamentada, especialmente sua quantificação e a destinação dos valores arrecadados.

3.2 DANO MORAL COLETIVO E O ASPECTO PUNITIVO DA CONDENAÇÃO

Atualmente tem se verificado um constante crescimento em nossos tribunais de condenações por danos morais coletivos, essas condenações são destinadas a empregadores que não cumprem com a legislação trabalhista ao ponto que ofendem os direitos coletivos dos trabalhadores, portanto esses valores são revertidos a toda coletividade mediante a condenação.

Cumpra observar que qualquer pessoa que acesse o sítio do Ministério Público do Trabalho, verá em destaque inúmeras condenações

³ Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a: (...) IV – regularidade fiscal e trabalhista;

expressivas que estão sendo fixadas com base na ofensa de direitos coletivos dos trabalhadores.

Porém, tem se identificado tanto na Petição Inicial dos Procuradores do Trabalho, bem como na fundamentação das decisões, a presença do aspecto e critério punitivo na fixação do dano moral, promovendo sua majoração.

O Tribunal Superior do Trabalho tem emitido decisões nesse sentido, que segue:

RECURSO DE REVISTA. HONORÁRIOS PERICIAIS. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. ISENÇÃO (...) Para fixação do quantum indenizatório é necessário avaliar os critérios da extensão ou integralidade do dano e da proporcionalidade da culpa em relação ao dano, devendo a indenização ser significativa, segundo as condições pessoais do ofensor e do ofendido e consistir em montante capaz de dar uma resposta social à ofensa, para servir de lenitivo para o ofendido, de exemplo social e de desestímulo a novas investidas do ofensor. Nesse contexto, constata-se dos autos que o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), arbitrado a título de danos morais, levou em consideração os diversos critérios a serem sopesados na quantificação, tais como a razoabilidade, o grau de culpa, o caráter punitivo e pedagógico da reparação, a extensão, a repercussão do dano e a gravidade da conduta praticada, em face dos fatos constatados nos autos. Indenes, portanto, os artigos 157 da CLT; 186 e 927 do ccb/02 e 5º, X, da cf/88. (...) (TST; RR 0079800-80.2008.5.03.0069; Rel. Min. Alexandre de Souza Agra; DEJT 31/01/2014; Pág. 2435)

Assim, verifica-se nesta e em outras inúmeras decisões que está sendo utilizado o caráter punitivo como critério de quantificação e majoração do dano moral coletivo do trabalho. O caráter punitivo nada mais representa do que a própria ideia de pena ou multa, a qual aproxima-se da pena pecuniária.

Verifica-se na decisão acima a expressão, o caráter punitivo da reparação, fomenta a discussão criada no presente trabalho quanto a (im) possibilidade de uma reparação ter caráter punitivo e, possuindo, discutir sobre a (des)necessidade de previsão legal.

Destaca-se que quando são traçadas essas afirmativas em que a condenação por dano moral coletivo é uma pena, necessariamente se acaba trazendo ao direito do trabalho, os direitos e princípios contidos na teoria da pena do direito penal, bem como as garantias individuais previstas em nossa Constituição Federal e sacrificadas como cláusulas pétreas, ante o sua relevância.

Busca, portanto, analisar se a teoria do *punitive damage* teria a aplicação no Brasil, que adotada o sistema da estrita legalidade como garantia fundamental, sem legislação específica quanto ao crime e a pena mediante dano moral.

Nesta linha de raciocínio torna-se fácil verificar a ofensa e a violação do Art. 5º XXXIX da CF, que determina “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;” – como o brocardo latim que esclarece *nulla poena, nullum crimen, sine praevia legem poenale*.

Assim, não existe pena e nem crime sem lei anterior que a defina. Portanto, sob a análise das disposições contidas no Código Civil, bem como na Consolidação das Leis do Trabalho e no Código Penal, enfim em toda a legislação pátria, inexistente previsão legal quanto à indenização por dano moral coletivo em forma de pena e/ou punição.

Destaca-se que quando se pretende analisar e fixar uma pena, por mais que esta se dê no âmbito trabalhista ou civil, deve ser imprescindível que sejam garantidos os princípios contidos e previstos na Constituição Federal, por uma questão lógica de hierarquia legislativa e respeito aos direitos fundamentais que sustentam nosso ordenamento jurídico, entre eles o direito fundamental ao trabalho digno e o princípio da legalidade.

Assim, não pode de forma genérica atribuir uma punição quando a legislação tão somente fala em reparação, sendo que a análise da conduta deve ser tão esmiuçada com o fim de verificar se ocorreu no caso concreto a subsunção do fato ao tipo descrito à norma, para assim verificar a existência ou não de crime e da correspondente pena pecuniária.

Verifica-se atualmente na Jurisprudência que embora a nomenclatura seja de uma indenização, resta claro e cristalino que se busca uma punição da empresa, tanto isso é verdade que diversos os julgados tem aplicado as expressões para quantificar e majorar a condenação em danos morais.

Destaca-se que o tipo penal em sua plenitude, traz ao ordenamento jurídico de um estado democrático a garantia da preservação da liberdade, haja vista que coíbe ao livre arbítrio estatal, seja ele do Poder Judiciário, a qualificação e a delimitação de fatos definidos então como crimes sem que exista lei anterior que a preveja.

Verifica-se no Código Penal Alemão da época, conforme Leciona Fragoso⁴:

[...] Na Alemanha nazista, o §2º do Código Penal alemão foi alterado em 1935, para permitir o emprego da analogia, sempre que o fato não expressamente previsto merecesse punição “segundo os princípios fundamentais do direito penal” e o “são sentimento do provo”. As forças de ocupação, em 30 de janeiro de 1946, revogaram o dispositivo.

Portanto, o princípio da legalidade tem suprema importância para a preservação e garantia de regimes democráticos, haja vista que o seu desrespeito e ofensa foi vislumbrando nos regimes totalitários, como é o caso da Alemanha nazista no trecho supramencionado, em que se punia

⁴ FRAGOSO, Cláudio Heleno – Observações sobre o Princípio da Reserva Legal – acesso em 21/03/2014, disponível em http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo11.pdf

tudo aquilo que fere o sã sentimento do povo, determinando uma margem insegura ao aplicador da lei penal.

Quanto ao Princípio da Legalidade, leciona Jesus (1993, p.94) que:

Não há crime sem que, antes de sua prática, haja uma lei descrevendo-o como fato punível. Por outro lado, a pena não pode ser aplicada sem lei anterior que a contenha. É lícita, pois, qualquer conduta que não se encontre definida em lei penal incriminadora. Com o advento da teoria da tipicidade, o princípio da reserva legal ganhou muito de técnica. Típico é o fato que se amolda à conduta criminoso descrita pelo legislador. É necessário que o tipo (conjunto de elementos descritivos do crime cometido na lei penal) tenha sido definido antes da prática delituosa. Daí falar-se em anterioriedade da lei penal incriminadora.

Destaca-se a importância em fomentar este estudo, haja vista a impossibilidade de criação de uma nova modalidade de crime e punição por analogia, por jurisprudência ou por comparação, sendo, portanto, eminente flagrante a nossa Constituição Federal.

Outrossim, resta importante fomentar o estudo além da possibilidade e constitucionalidade do dano moral ser aplicado como pena e/ou punição, discutir a possibilidade do magistrado, ao seu livre consentimento e desamparado por qualquer parâmetro legal, possa estipular o valor de pena pecuniária.

Diante da punição trazida sob a roupa de uma indenização, importante destacar que no direito penal, por exemplo, após apurado o levantamento das provas o juiz tem um trabalho maior do que simplesmente promover uma condenação do acusado, ele deve quantificar sua pena e o regime inicial de cumprimento, trata-se da fase da dosimetria da pena.

Assim, como previsto no Art. 59 do Código Penal⁵ quanto ao procedimento na fixação da Pena em que se deve observar algumas fases para escolha, quantidade, regime e substituição da pena, resta necessário que as condenações vinculadas as empresas possuam um sistema análogo para quantificar possível indenização, a qual substitua o simples critério do capital social.

4 O DANO MORAL COLETIVO DO TRABALHO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.

A sociedade empresária não pode mais sobreviver apenas com a finalidade de apenas obter lucro a qualquer custo, sendo necessário que a mesma cumpra com sua função social. Citando como exemplos comparativos da propriedade e do contrato que devem cumprir a sua função social como requisito de validade e existência.

Destaca-se que por mais que a Consolidação das Leis do Trabalho tenha completado seus setenta anos no ano passado, o rol de direito dos trabalhadores ainda vive um momento distante do esperando, especialmente quando comparamos tal legislação com o Código de Defesa dos Consumidores que possui pouco mais de vinte anos.

Desta forma, buscando valorizar os direitos sociais, tem-se procurado encontrar alternativas que desestimulem a prática de atos pela sociedade empresária que violem tais direitos, coibindo a existência de empresas que não cumprem com a sua função social.

Em relação aos direitos sociais Canotilho (apud MORAES 2011, p. 206) destaca que:

⁵ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

a individualização de uma categoria de direito e garantias dos trabalhadores, ao lado dos de caráter pessoal e político, reveste um particular significado constitucional, do ponto em que ela traduz o abandono de uma concepção tradicional dos direitos, liberdades e garantias como direito do homem ou do cidadão genéricos e abstractos, fazendo intervir também o trabalhador (exatamente: o trabalhador subordinado) como titular de direito de igual dignidade.

Contudo, nos últimos anos, o Ministério Público do Trabalho encontrou outra alternativa que está provocando uma consequência positiva ao cumprimento da legislação do trabalho. Tal atitude vem representada pela distribuição de diversas Ações Coletivas por Dano Moral Coletivo.

Assim, justifica-se o presente estudo para analisar tal medida que tanto cresce na seara trabalhista e, vem sendo medida de garantia e de efetividade dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores.

Os altos valores das condenações se justificam pela exportação da teoria do dano do *punitive damage*. *A partir dela e, através de aspectos e critérios que visam desestimular, educar e punir a sociedade empregadora tem-se conseguido garantir a observância dos direitos operários.*

Tal ação tem provocado efeitos tanto nas empresas que estão respondendo ou responderam por uma ação coletiva, bem como àquelas que poderão vir a sofrer eventual condenação, caso não observem o cumprimento da legislação trabalhista, no conceito da *exemplary damages*.

Diante do fato que o nosso ordenamento jurídico adota o modelo da *civil law* e, pelo aspecto punitivo que reveste a condenação do dano moral coletivo quando aplicado nesta teoria, faz-se necessário fomentar a discussão quanto à possibilidade e constitucionalidade da reparação ser aceita nestes aspectos, haja vista que sua previsão possui como berço os países adeptos da *common Law*.

O argumento do Estado social-regulador encontra base na função que exerce de ao mesmo tempo ser promotor da justiça social, bem como um regulador da atividade econômica, através de um equilíbrio entre tais ideais.

Dentro da democracia de massa, talvez seja o Direito do Trabalho o ramo jurídico que há mais tempo retrata fielmente o seu papel democrático. Isso porque coincide com a época em que o Estado deixava seu estágio liberal de inércia (*Laissez faire*) do século XIX para tutelar as relações de emprego, desta feita sob a ótica do direito social. (MOREIRA DE PAULA, 2014, p. 132).

Desta forma não cabe a atividade econômica a busca apenas pelo lucro a qualquer custo, resta imperiosa a necessidade de que como requisito de existência a atividade empresária cumpra a sua função social.

Na relação de trabalho, a atividade empresária que não cumpre com sua função social, visando aumentar os lucros de forma insustentável, repassa e transfere para a saúde do trabalhador o resultado de tais medidas, ofendendo diretamente os direitos sociais coletivos dos trabalhadores.

Sob a valorização do trabalho e, a promoção do direito fundamental ao trabalho digno, destaca (Goldschmidt, 2008, p. 87), que:

Como visto no capítulo pretérito, com o Tratado de Versalhes, proclamou-se o princípio segundo o qual o trabalho não há de ser considerado mercadoria ou artigo de comércio. E tal princípio prende-se ao fato de que o trabalho é indissociável do homem que o executa. Logo, o Direito do Trabalho, que tem por objeto a regulação do trabalho humano, repousa as suas bases na proteção e na promoção da dignidade da pessoa humana, nomeadamente o trabalhador, ligando-se umbilicalmente ao Direito Constitucional, que tem, em última análise, o mesmo objetivo precípua.

Buscando equilibrar esta relação de lucro e direitos sociais, encontra-se no dano moral coletivo do trabalho, instrumento para promoção desta relação de forma sustentável, sendo efetivo meio de desestímulo para ofensa dos direitos fundamentais sociais.

Contudo, as condenações trazidas pelo justiça do trabalho associam ao dano moral coletivo valores altos, os quais são justificados pela aplicação da teoria do punitive damage, a qual colabora com a promoção de uma significativa elevação do quantum indenizatório, através de parâmetros punitivos, educativos e sancionadores.

Além do estudo da teoria do punitive damage, exemplary damage, dos aspectos punitivos, educativos e sancionadores, resta oportuno e justifica-se o presente trabalho para apontar a definição do que seria e quais seriam os direitos coletivos do trabalho.

As afirmativas em que a condenação por dano moral coletivo possui aspectos e características de uma pena, necessariamente acaba trazendo a dúvida sobre a aplicabilidade ou não dos princípios contidos na teoria da pena à justiça do trabalho, bem como se as garantias individuais previstas em nossa Constituição Federal e sacrificadas como cláusulas pétreas, ante a sua relevância, são aplicáveis à sociedade empresária que pratica atos que violem os direitos sociais de forma coletiva.

Justifica-se, portanto, o estudo para analisar a legalidade e a possibilidade da aplicação da teoria do punitive damage nas relações trabalhistas, uma vez que o tipo penal em sua plenitude, traz ao ordenamento jurídico de um estado democrático a garantia da preservação da liberdade, haja vista que coíbe ao livre arbítrio estatal, seja ele do Poder Judiciário, a qualificação e a delimitação de fatos não definidos como crimes e penas sem a existência de uma lei anterior que as preveja e as limite.

Portanto, o princípio da legalidade tem suprema importância para a preservação e garantia de regimes democráticos, haja vista que o seu desrespeito e ofensa foi a cicatriz dos regimes totalitários, como é o caso

da Alemanha nazista no trecho supramencionado, em que se punia tudo aquilo que feria o sã sentimento do povo, determinando uma margem insegura ao aplicador da lei penal.

Como destacado tal medida é válida quando visa evitar o enriquecimento ilícito em situações que a simples reparação não mostra suficiente, devendo possuir uma real punição por ofensa à coletividade, priorizando a ideia e o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Neste sentido destaca o doutrinador que a dimensão social, vinculada a ideia de coletividade envolvida e, por certo prejudicada, este dano coletivo causado é superior ao dano individual sofrido.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento da atividade empresarial no atual modelo de Estado deve cumprir sua função social. Desta forma, além de tentar sobreviver no mercado e obter lucro, a mesma tem o dever de cumprir com a legislação trabalhista e coibir qualquer ofensa aos direitos sociais.

A presença de empresas que não cumprem com sua função social e promovem uma ofensa coletiva aos trabalhadores deve ser coibida. Tais empresas possuem preços melhores e produtos mais baratos pois quem paga essa diferença são os direitos dos trabalhadores e, faz com que empresas sérias e que cumpram com sua função social tenham que encerrar suas atividades haja vista essa competitividade desleal.

Para isso o Dano Moral Coletivo do Trabalho é uma medida que se impera e deve ser aplicado a todos os empregadores que violam tais direitos coletivos. Contudo, pairam dúvidas acerca da legalidade da aplicação da condenação por dano moral em seu aspecto punitivo. Como destacam os autores citados no presente trabalho, tanto o Dano Moral Coletivo como a previsão de punição por tal dano são criações doutrinárias e jurisprudenciais, exportados de países que adotam o sistema da “*common law*”.

Assim, oportuna fomentar a discussão acerca da viabilidade ou eventual necessidade da criação de uma lei específica que regule o tema e, principalmente insira parâmetros que possam quantificar o Dano Moral Coletivo, assim como é feita na dosimetria da pena.

A necessidade da criação da lei, dá-se em razão do aspecto punitivo e de pena que vem sendo aplicado para o Dano Moral Coletivo, em razão disso, principalmente pelo princípio da legalidade extraída do direito penal e, pela segurança jurídica e pelo nosso estado seguir o modelo da “civil law” a produção legislativa é medida que se impera.

Cumpra observar que o desenvolvimento de uma atividade econômica se encontra vinculada a uma contraprestação do estado sob a modalidade regulatória, especialmente em relação aos direitos sociais, não permitindo que o empresário atue com ampla liberdade junto a seus funcionários.

Contudo, verifica-se que a contraprestação nesta modalidade não é apenas regulatória, mas também sancionadora, pois com a previsão da punição do dano, o Estado exige que o empregador respeite os direitos sociais coletivos, caso assim não o faça receberá a punição. Tal punição, reflete no restante da sociedade empresária, uma vez que tal valor causa temor e, em razão disso a punição forma uma exemplo do que não pode ser feito. Trata-se de uma medida que impõe temor tanto para quem pratica o dano, bem como para quem assiste e pode vir a ser condenado.

Outrossim, resta necessário que assim como ocorre com o Dano Ambiental, outro bem coletivo tutelado, seja necessariamente recuperado ou reparado os direitos sociais ofendidos que ensejam a condenação por Danos Morais coletivos.

Além disso, a fixação e os critérios, diante do seu aspecto punitivo, não podem estar ao livre arbítrio do Poder Judiciário, diante do aspecto social e punitivo que possui tal dano, resta necessário que tal valor ob-

serve critérios para sua quantificação, assim como ocorre na teoria da pena do Direito Penal.

Em relação aos valores arrecadados, imprescindível que tais valores sejam empregados em favor dos trabalhadores, especialmente através da criação de um órgão responsável que tutele e ampare os direitos sociais.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Teoria geral do Estado. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

AZAMBUJA, Darcy. Teoria geral do Estado. 41 ed. São Paulo: Globo, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do estado e legitimidade democrática. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de teoria do Estado e ciência política. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. Responsabilidade social das empresas – práticas sociais e regulação jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Acessado em 07 de mar. 2015

_____. Lei nº 8.078/1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. DOU de 12.9.1990.

_____. Lei nº. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09 fev. 2005.

_____. Lei nº. 12.440/2011. Acrescenta Título VII-A à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943, para instituir a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, e altera a Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

_____. Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF, 21 jun. 1993. Acesso em 14 nov. 2011.

CAHALI, Yussef Said. Dano Moral 2. ed. rev.; atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 20 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 21. ed. Saraiva, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial – Vol. 01 – 6º Ed. Saraiva, São Paulo, 2003

_____. Curso de Direito Comercial – Vol. 02 – 6º Ed. Saraiva, São Paulo, 2003

_____. Princípios do Direito Comercial. Com anotações ao projeto de código comercial – São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 7

DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. As Fases da Recuperação Judicial. 1. Ed São Paulo: Livraria do Advogado, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA, DANIEL – TEORIA GERAL DA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA (a partir da Constituição Federal de 1988). Curitiba, Editora fórum, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio – Lições de Direito Penal: Parte Geral – Ed. E ver por Fernando Fragoso – Rio de Janeiro: Forense, 2006

_____. Observações sobre o Princípio da Reserva Legal – acesso em 21/03/2014, disponível em http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/hele-no_artigos/arquivo11.pdf

GABARDO, Emerson. Interesse Público e Subsidiariedade. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo – Flexibilização dos Direitos Trabalhistas: Ações Afirmativas da Dignidade da Pessoa Humana como forma de Resistência – UFSC – Dissertação de Mestrado - acesso em 01/10/2014 – disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/91866/252613.pdf?sequence=1>

HABERMAS, Jurgen. La logica de las ciencias sociales. 3 ed. Madrid: Tecnos, 1996.

JESUS, Damásio E. de, 1935, Direito Penal/Damásio E. de Jesus – São Paulo, Saraiva 1993 – p. 54

KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. Trad. Luís Carlos Borges. 3 Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____, Hans. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista Machado. 6 Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do Direito Civil. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

MALUF, Sahid. Teoria geral do Estado. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional – 27 ed. São Paulo, Atlas, 2011.

MOREIRA DE PAULA, Jônatas Luiz – Democracia e Jurisdição. Curitiba, 2014 – JM Editora.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade Civil – De acordo com a Constituição de 1988. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Usuários de serviços públicos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado. Editora Borsoi: 1954. Tomo LIII.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos – Revisto Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da primeira Região - R. Eletr., Rio de Janeiro, n.2, p. 1-42, out./dez. 2011, p. 3 e 42.

Acesso http://www.trt1.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=c7cf-d7c5-daac-4302-826fe8d28d679c70&groupId=10157

SCHEREIBER, Anderson – Direitos da Personalidade – 2 Edição Atlas, 2012, São Paulo

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Companhia das letras. São Paulo.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22º ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

TELES, Ney Moura – Direito Penal: Parte Geral – Volume 01, 2 Ed. São Paulo: Atlas 2006

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4.

ZAFFARONI , E. Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro – Direito Penal Brasileiro – Teoria Geral do Direito Penal – Rio de Janeiro, Revan, 2003. P. 356

ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. Empresa na ordem econômica. Princípios e função social. Juruá Editora, Curitiba, 2009 .

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E A MORTE DIGNA NA REALIDADE BRASILEIRA¹

Beatriz Diana Bauermann Coninck

RESUMO

O presente artigo visa contemplar a história da morte; os entendimentos filosóficos sobre esse fenômeno; verificar se a eutanásia e o suicídio assistido seriam prováveis motivadores da chamada ladeira escorregadia; se a ortotanásia seria uma forma digna de morrer; observar a importância da bioética laica; aferir a validade concreta do direito constitucional à morte digna no ordenamento jurídico brasileiro e examinar os cuidados paliativos na realidade brasileira, e responder, a partir desse estudo, de que maneira a morte de pacientes terminais tem ocorrido no Brasil, fazendo uso do método dedutivo de abordagem qualitativa, com técnica de pesquisa bibliográfica em referências nacionais e estrangeiras. Conclui-se que coexistem três modalidades ideais de morte: a tradicional, a moderna e a contemporânea.

Palavras-chave: Bioética médica. Cuidados paliativos. Diretivas antecipadas de vontade. Morte digna.

ABSTRACT

This article aims to contemplate the history of death, the philosophical understandings on this phenomenon; to verify whether euthanasia and

* Mestranda em Direito no Programa de Pós Graduação Stricto Sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina UNOESC, em Chapecó Santa Catarina. Integrante do Projeto de Pesquisa em Direitos Fundamentais e Direitos Cívicos, onde desenvolve dissertação sobre direitos Fundamentais e Bioética sob a orientação da Professora Dra. Janaína Reckziegel. E-mail: beatrizdiana@ibest.com.br.

Artigo da disciplina Doutor Matheus Felipe de Castro. Disciplina Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Artigo publicado no Conpedi Brasília 2016.

¹ Artigo da disciplina Doutor Matheus Felipe de Castro. Disciplina Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Artigo publicado no Conpedi Brasília 2016.

assisted suicide would be probable motivators for the happening of the called slippery slope; whether orthothanasia would be a dignified way to die; to observe the importance of the secular bioethics; to evaluate the concrete validity of the constitutional right to dignified death in the Brazilian juridical legislation and to examine the palliative care methods applied in this country, by using the deductive method of qualitative approach with bibliographic research technique on national e international referenc-es. It is concluded that may be found tree modalities of death in Brazil: the traditional, the modern and the contemporary.

Key-words: Medical Bioethics. Palliative care. Advanced directives of will. Dignified death.

1 INTRODUÇÃO

As mudanças ocorridas na modernidade foram sentidas em todas as esferas sociais e em todas as fases do ciclo vital. O incremento de novos instrumentos e aparatos tecnocientíficos repercutiu na medicina e atingiu definitivamente a saúde das pessoas e as relações entre profissionais da saúde e pacientes, emergindo, nessa marcha, o desvelo por melhorar a qualidade de vida e a longevidade.

Convencionaram-se conceitos axiologicamente impregnados como a dignidade humana, as noções de autonomia, de liberdade e de propriedade, usados para garantir os interesses políticos e econômicos dominantes. O entendimento a respeito da vida e da morte, assim como os de outros fenômenos vitais, também sofreu alteração na medida o homem passou a se colocar no centro do universo.

Em meados do século XX, discutiam-se, abertamente, as possibilidades de um morrer com dignidade diante do crescente aumento de pacientes em situação de terminalidade, em razão das mais variadas enfermidades, trazendo à tona teses que poderiam acentuar a autonomia

dos doentes alterando a linha fronteira entre a vida e a morte. Foi nesse cenário que se cunharam as diretivas antecipadas de vontade, como instrumento que pudesse viabilizar a escolha de tratamentos e terapias médicas ao final da vida.

Neste estudo, pretende-se trazer à discussão a história da morte; os entendimentos filosóficos sobre esse fenômeno; verificar se a eutanásia e o suicídio assistido seriam prováveis motivadores da chamada ladeira escorregadia; se a ortotanásia seria uma forma digna de morrer; observar a importância da bioética laica; aferir a validade concreta do direito constitucional à morte digna no ordenamento jurídico brasileiro e examinar os cuidados paliativos na realidade brasileira, e responder, a partir desse estudo, de que maneira a morte de pacientes terminais tem ocorrido no Brasil.

Esse breve escrito não pretende aprofundar as noções de dignidade humana nem explorar a compreensão das diretivas antecipadas de vontade. A construção deste escrito será feita aplicando-se o método dedutivo de abordagem qualitativa em referências nacionais e estrangeiras, partindo-se das noções gerais sobre a morte, a terminalidade e os cuidados paliativos, para então investigar a realidade brasileira.

2 A HISTÓRIA DA MORTE

Ocorreram mudanças nas atitudes em relação à morte. No período medieval, o ser humano se relacionava com a morte na seara doméstica, ao lado da família e, de forma intuitiva, sabia que iria morrer (KOVÁCS, 2008b, p. 32) A forma como lidar com a morte mudou na sociedade ocidental. Com a modernização, constatou-se a individualização do sujeito tendente ao isolamento na medida em que a finitude da vida passou a acarretar constrangimento no indivíduo afastando os vivos dos mortos. O problema disso tudo, reflete Elias (2001, p. 67), não é a morte em si, mas o conhecimento que se tem dela. Os instrumentos tecnológicos e científicos atuais propõem o pro-

longamento da vida, contudo acabam ofuscando o processo natural do envelhecimento e da morte de modo que é preciso buscar a solidariedade dos vivos perante os moribundos² (ELIAS, 2001, p. 71). Os idosos envelhecem isolados em seus asilos e as sociedades industriais mais desenvolvidas tendem a isolar mais seus moribundos do que aquelas menos desenvolvidas (ELIAS, 2001, p. 83-86). Na era medieval, a vida era mais curta, havia menor controle dos riscos, o indivíduo tinha medo do que iria enfrentar após a morte, tinha medo de ser punido. O que ocorria era maior participação na morte pelos demais sujeitos (ELIAS, 2001, p. 23).

A morte era mais pública nos tempos antigos do que nos dias atuais. Hoje, existe a ideia de censura em relação à morte e afasta os moribundos do convívio social que são confinados em hospitais vivendo em situação de isolamento em nome de melhores condições de higiene. Os ritos atuais não ajudam a enfrentar as emoções do luto. Eles impossibilitam que as emoções e os sentimentos relativos ao luto sejam manifestados. A diferença entre os rituais religiosos antigos e os seculares é que aqueles permitiam o alívio das angústias dos crentes na medida em que viam a expressa preocupação das outras pessoas. Estes já não mostram significado pela censura às manifestações sentimentais. Elias (2001) discute a relação das pessoas com a morte dentro da perspectiva social, para além da biológica, no mundo ocidental, segundo este autor, a morte possui característica de “recalcamento” com a longevidade prometida pelas novas formas de técnica médica. O entendimento de solidão tomado por Elias (2001) também reflete a ideia de estar entre as pessoas e não ser notado

² O método cartesiano adotado pela medicina avalia o ser humano em partes, como o sistema respiratório, o circulatório, o digestivo, o ósseo, o reprodutor, o muscular, o hormonal. O que precisa ser valorizado é o ser como um todo e não buscar inserir esses sistemas dentro de um “saco epidérmico”. O ser humano é mais do que um amontoado de sistemas, é um ser psicossocial e espiritual. Uma doença muito dificilmente é só orgânica ou somente psíquica, ou familiar, ou social. Uma doença é um conjunto que reúne todos esses fatores. Em casos de terminalidade, ambos, médicos e pacientes, são tomados pelo sentimento de fracasso. Do lado dos primeiros, impotentes diante da ausência de recursos terapêuticos, e, do lado dos segundos, a aproximação da morte. O que não se pode fazer é buscar a cura impossível. (MORITZ, 2011, p. 19)

por elas, por exemplo, bêbados e mendigos nas ruas sem ser notados, sendo a forma mais extremada o infausto percurso dos judeus em direção às câmaras de gás nazistas (BARREIRA JÚNIOR, 2011, p. 40-42).

O progresso da medicina foi usado no primeiro quartel do século XX, possibilitando o cometimento de um verdadeiro “morticínio em massa”. A partir da década de 1960, as ciências sociais passaram a criticar a atitude de encobrimento da morte da vida social e do poder da medicina sobre os desejos dos pacientes. A medicalização da morte moderna veio circunscrita em um processo exaltação da atividade médica. Desde a década de 1970, surgiram reações em torno do direito de “morrer com dignidade” com vistas à regulamentação da eutanásia, transformando a relação médico-paciente especialmente em razão das doenças terminais. Ainda na década de 1960, foram criados os *hospices*³ londrinos, bem como os programas assistenciais paliativos (MENEZES, 2003, p. 104-106).

Foucault (1984, p. 79-80) compreendeu essas mudanças sob outra ótica. Pela perspectiva da medicina, ele não enxergou a medicina moderna científica, surgida no final do século XVIII e começo do século XIX, através da anatomia patológica, como individualista. O seu posicionamento foi de que a medicina moderna é uma medicina social. A medicina moderna dá valor à relação médico-paciente. Na Idade Média, a medicina era individualista com raríssimas manifestações coletivas da atuação médica. O capitalismo não contribuiu para o trânsito da medicina pública para a privada, mas sim, na contramão disso, socializou a medicina privada, ou seja, socializou o corpo como força produtiva e laboral. A sociedade capitalista empregou no corpo biológico e somático como uma “realidade bio-política”, de sorte que a medicina é um expediente biopolítico. Para o filósofo,

³ A filosofia *hospice* visa proporcionar ao paciente a maior redução possível da dor e do desconforto possibilitando ao paciente a maior autonomia e independência. A internação é recomendada apenas em última necessidade. No Brasil, a primeira instituição de assistência paliativa é criada em 1986, na cidade do Rio de Janeiro (MENEZES, 2003, p. 105-106).

o corpo e a saúde na medicina somente tomaram posição de destaque na segunda metade do século XIX.

O aparecimento dos hospitais ocorreu na segunda metade do século XVII visando a um processo de quarentena médico e político no seio da urbanização, sobretudo francesa, de objetivo higienizador dentro da medicina urbana, de forma a evitar aglomerações e eventos endêmicos e epidêmicos. Nessa época, foi criado o caixão individual e as sepulturas familiares (FOUCAULT, 1984, p. 89).

A preocupação com os cadáveres, nesse estágio, era político-sanitária e de respeito aos vivos, imbuída de uma concepção médica e não religiosa cristã. O escopo da medicina urbana era manter a boa circulação de água e de ar. A medicalização da medicina urbana foi apoiada pela atividade química. A transição para a medicina científica aconteceu a partir da medicina social, coletiva e urbana, e não pela medicina privada, individualizada, centrada no sujeito. A medicina urbana passou a ser movida pensando-se nas condições de vida e da salubridade (FOUCAULT, 1984, p. 90-93).

Em seu estudo sobre Foucault (1979), Menezes (2003, p. 104) salienta que o autor enfocou a passagem dos cuidados para com os enfermos pela família e religiosos para os médicos e instituições. Ao fim do século XVIII, criaram-se os hospitais gerais, ao mesmo tempo da racionalidade anatômica e clínica consistente na base da moderna medicina ocidental. Antes disso, contudo, os pobres eram agrupados para morrer em instituições assistenciais denominados “morredouros”. Desde esse novo discurso científico anatômico-clínico, a medicina foi transformada em ciência do indivíduo, florescendo uma nova perspectiva de integração da morte.

A tese de Foucault (1984, p. 93) é a de que a medicina dos pobres inglesa é diferente da medicina de Estado⁴ alemã e da medicina urbana

⁴ A medicina de Estado alemã não tinha um projeto de força de trabalho para a indústria. Não se trata do corpo físico pessoal que trabalha, mas o corpo estatal, solidariamente constituído. É a força do Estado para resolver conflitos econômicos e políticos com seus vizinhos. Foi uma medicina esta-

francesa. A primeira sim visou ao controle da saúde do corpo das camadas mais pobres objetivando torná-los mais capazes para a tarefa laboral e menos ameaçadores às classes abastadas. Desse modelo resultaram três parâmetros: a) medicina assistencial aos pobres; b) medicina administrativa voltada para a vacinação e controle de epidemias; c) medicina privada para quem podia custeá-la.

A medicina dos séculos XVII e XVIII era individualizada, de modo que os médicos não sabiam como lidar com as realidades hospitalares. A intervenção médica era no doente e na doença em situação de crise, quando precisava observar e acompanhar a evolução dos sinais. A medicalização hospitalar iniciou com os hospitais marítimos e militares em razão de sua desordem econômica onde circulavam mercadorias e especiarias providas das colônias. Os hospitais passaram de instituições tocadas por religiosos e leigos para as mãos dos médicos (FOUCAULT, 1984, p. 102-103).

Nesse passo, é preciso tecer algumas considerações de acordo com as teses de Elias (2001) e de Foucault (1984). O primeiro atribuiu à modernização um fator da individualização do sujeito enquanto que Foucault (1984) visualizou a socialização da medicina como um resultado do processo de modernização, embora ambos tenham remetido aos aspectos sociológicos. Reunindo as duas visões, pode-se dizer que Elias (2001) focou-se mais no sujeito ao passo que Foucault centrou-se mais nas mudanças da medicina. Ambas contribuem para o entendimento da atual situação da relação médico-paciente: uma medicina socializada, mas que não consegue resolver o problema da individualização. O movimento *hospice* como local de atendimento institucional é uma proposta que, provavelmente Foucault (1984) criticaria, por se tratar de uma institucionalização do sujeito. Defende-se, neste contexto histórico, o movimento

tizada, coletivizada (FOUCAULT, 1984, p. 84-85). A medicina do Estado não possuía flexibilidade e a medicina francesa urbana não detinha poder (FOUCAULT, 1984, p. 97).

hospice care, que é o cuidado para com o paciente que pode ser efetivado na casa do doente ou em local de acolhimento aos doentes.

Nessa esteira, a boa morte também sofreu variações culturais e históricas, passando do domínio religioso para o médico. A compreensão do que seja boa morte depende das diferentes culturas e sociedades no tempo e no espaço. Um moribundo do século XIX, por exemplo, preferia a Extrema Unção, hoje, prefere ver o médico. A boa morte ainda depende do grau de secularização, da intensidade de adoção ao individualismo e da extensão temporal da morte natural (típica). Os costumes societários ocidentais diferem dos orientais. Sob o prisma das sociedades individualistas (sociedades protestantes, a saber, Estados Unidos da América e Inglaterra) a boa morte representa a autonomia pessoal e a morte ruim nenhuma autonomia. Os britânicos morrem em hospitais e se sentiriam desconfortáveis com familiares rezando e cantando como nas sociedades hinduístas, por exemplo. A medicina moderna e oferece meios de diagnosticar precocemente, embora dificilmente consiga curar enfermidades graves como o câncer. A diferença é que, na era moderna, precisa-se viver por meses ou anos com a ameaça de perder a vida pela doença e quando se entra na fase de terminalidade é que surgem as questões da eutanásia ou dos cuidados paliativos. Em muitas situações, o paciente fica só, sem família. É quando se vê obrigado a encontrar o próprio caminho, juntamente com outros doentes em grupos de auto-ajuda ou pela internet e trocar experiências e encontrar carinho (WALTER, 2003, p. 218-220).

Em verdade, no século XX, à morte foi atribuída uma nova definição predominando a utilização de máquinas, ferramentas e práticas que modificaram a linha fronteira entre vida e morte. Surgiu a “morte moderna, medicalizada, ligada a aparelhos, produtora de cadáveres funcionais”⁵.

⁵ Kind (2009, p. 14) faz esse aporte para remeter aos procedimentos médicos de transplantes de órgãos de pacientes que morriam conectados a aparelhamentos e usados para experimentos biomédicos proibidos, que exigiram, naquele contexto, a necessária remissão à filosofia e a outras áreas do saber especialmente no fim da década de 1960. A autora faz um estudo sobre as técnicas de suporte

Nesse século, a medicina, aliada à prática, à máquina e ao conhecimento, proporcionou melhores condições de vida às pessoas incorporando sempre novos instrumentos. Criou-se, por exemplo, o respirador artificial que assistiu as pessoas acometidas de poliomielite nos Estados Unidos equipando as unidades de terapia intensiva que foram de extrema importância para o atendimento dos soldados feridos na Segunda Guerra Mundial, com novas técnicas de ressuscitação⁶. Esse novo cenário permitiu a inauguração de um problema moral: “corpos com vida”, tão somente com vida porque ligados aos aparatos artificiais que assim permaneciam ligados pela necessidade de manter a vida, postergando a morte (KIND, 2009, p. 14-15).

Em 1957, a Sociedade de Anestesiologia remeteu ao Papa Pio XII algumas questões em torno da morte, respondidas pelo Pontífice (PIO XII, 1957, p.1031) através do “The Prolongation of Life”⁷. Ao questionamento sobre a reanimação, inclusive nas hipóteses de pacientes sem perspectivas de sobrevivência, e sobre a obrigatoriedade da retirada dos aparelhos em pacientes com inconsciência profunda e parada circulatória pelos médicos, o Papa respondeu que, na ausência de consciência e sem quaisquer esperanças de recuperação, o médico deveria acatar o pedido dos familiares, caso houvesse, para desligar os aparelhos. No caso de parada respiratória, os aparelhos deveriam ser desligados pelos médicos. Naquela época, vigorava como critério para a morte a parada cardiorrespiratória, mas era preciso redefinir a morte haja vista os casos de inconsciência⁸ (KIND, 2009, p. 15-18).

vitais especificamente relacionados ao transplante de órgãos e que acabaram desembocando no entendimento da morte a partir da morte cerebral. Nesse sentido, a morte assistida em que o paciente terminava seus dias ligado a aparelhos sendo assessorado por equipe de profissionais e suportado por medicamentos dentro do modelo “americanizado” da morte (a autora se refere à Vovelle, 1983) reescrevendo a vida e a morte.

⁶ A autora faz referência aos estudos de Hilberman, 1975, Bendixen, Kinney, 1977.

⁷ “O Prolongamento da Vida”.

⁸ Pelo prisma da Igreja Católica Apostólica Romana, através da Encíclica *Donum Vitae* (1987), a vida começa com a fecundação desde quando o indivíduo possui direito à vida que se estende até sua morte (SALGUEIRO; GOLDIM, 2007, p. 15), com o evento da falência encefálica (SALLES, 2014, p. 400-403).

Na década de 1960, calorosos debates surgiram em torno da redefinição da morte. Em especial, o relatório “A Definition of Irreversible Coma”⁹, publicado pelo Ad Hoc Committee¹⁰, em agosto de 1968, que propôs o estabelecimento do coma irreversível como um novo critério de morte, ou seja, da morte cerebral¹¹. As críticas que sucederam à publicação foram muitas, mas foi relevante o posicionamento de Jonas quem se mostrou desfavorável à definição por acreditar que ela legitimava o suprimimento da prática de transplante de órgãos os quais eram insuficientes para as demandas (KIND, 2009, p. 18-20).

Jonas (1997, p. 145-150) explica que o diagnóstico do Comitê em relação à morte cerebral (coma irreversível) era definido contanto que não encontrada atividade cerebral, verificada através de eletro-encefalograma, e atividade física decorrente do cérebro como as ações reflexas e a respiração espontânea. O Comitê entendeu que a morte cerebral era igual à morte corporal, o que significava dizer que não mais se investiam em recursos artificiais funcionais (por exemplo, os respiradores e demais instrumentos de manutenção da vida), porém abrindo espaço para a práti-

⁹ “Uma definição de coma irreversível”.

¹⁰ “Comitê Ad Hoc”, uma comissão da Harvard Medical School (Escola Médica de Harvard)

¹¹ “Esse relatório provocou uma série de debates acerca da morte cerebral e legitimou experimentos médicos na área de transplante de órgãos.

ca de transplantes de órgãos¹². Segundo Jonas, no “Against the Stream”¹³, essa nova definição apenas teria validade se fizesse sentido para o próprio paciente, que não tivesse expectativas de melhoras a não ser o mero prolongamento do seu estado. Isso remete, disse Jonas, também à justificativa de que a nova definição pode trazer alívio ao paciente, seus parentes e para os recursos médicos, em razão do estado de coma prolongado do paciente. Contudo, dizer que a definição da morte é importante no sentido de liberar transplantes de órgãos conduz a inferências que não dizem respeito ao próprio paciente (que a existência meramente vegetativa não tem sentido, em verdade, seriam “cadáveres doadores”¹⁴), ela não define a morte como um fim último, mas apenas cria um critério que não obstaculiza, a título de exemplo, a retirada do respirador artificial.

¹² O Conselho Federal de Medicina do Paraná, a pedido da Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde Pública exarou o parecer n. 1243/00 diferenciando o coma irreversível da morte cerebral ou encefálica. Nesta, o paciente não apresenta função do encéfalo, funcionando, porém, alguns órgãos de forma espontânea ou mediante o auxílio de drogas e aparelhos. A morte encefálica (morte cerebral) vem definida na Resolução n. 1480/97 do Conselho Federal de Medicina mediante o diagnóstico: a causa da síndrome comatosa deve ser conhecida; causa reversível ausente, como intoxicação ou hipotermia, por exemplo; ausência de resposta a estímulos e de funções do tronco encefálico; apnéia e teste de apnéia não responsivo; presença de alteração no exame complementar encefálico; variável período de observação com 2 exames clínicos, com intervalo de tempo de 6 horas entre o primeiro e o segundo, a realização de um exame complementar a escolha e, com 12 horas de intervalo se não for realizado exame complementar. Com a morte encefálica o cadáver é mantido com a ajuda de aparelhos. Já, o coma irreversível (estado vegetativo persistente) o tronco cerebral funciona em certo grau apresentando lesão grave e difusa nos hemisférios cerebrais comprometendo a reação a estímulos e o ciclo de sono e vigília. Justamente por causa da existência vital no coma irreversível é que se discute se é melhor para o paciente mantê-lo vivo nessas condições. Tanto a legislação brasileira como o Código de Ética Médica não permitem que o médico facilite de forma ativa a morte do paciente, mas também não obrigam o médico a fazer uso de métodos extraordinários de manutenção da vida. (Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CRM/PR/pareceres/2000/1243_2000.htm> . Acesso em: 16 de nov. 2015)

No campo da ética médica, a Resolução n° 1.346/91, do Conselho Federal de Medicina, disciplina que a morte encefálica corresponde à morte clínica, desde que presentes determinados critérios para o seu diagnóstico: o coma aperceptivo com ausência de atividade motora supraespinhal e apnéia além de exames inequívocos de ausência de atividade elétrica cerebral ou ausência de atividade metabólica cerebral ou ausência de perfusão sanguínea, como estabelecido pela Resolução n° 1.480/97 art. 4° e art. 6° (MOTTA et al., 2013, p. 150). Embasada nessa Resolução, a Lei de Transplantes de Órgãos n° 9.434/97, sobre a disposição de órgãos, estabelece que somente permite-se a doação de órgãos se constatada a morte encefálica. Neste ponto, percebe-se o sentido utilitário da morte no que toca ao aproveitamento de órgãos.

¹³ “Contra la Corriente” – Contra a Corrente – foi publicado em 1974 por Hans Jonas na obra *Philosophical Essays: From Ancient Creed to Technological Man – Ensaios Filosóficos: da Crença Antiga ao Homem Tecnológico*. A publicação não agradou aos médicos da época.

¹⁴ “cadáveres donantes” – Jonas (1997, p. 150)

Jonas (1997, p. 149-153) foi convidado pelo Centro Médico da Universidade da Califórnia em São Francisco (Medical Center de la Universidad de California en San Francisco), a detalhar seu posicionamento onde permaneceu hospedado por uma semana discutindo sobre o critério da espontaneidade orgânica, lá concluiu que, no coma irreversível, o respirador e outros aparelhos mantêm o corpo, exceto o cérebro. O filósofo elaborou uma resposta, que será abordada em detalhes ao longo do próximo tópico.

A morte, como objeto de discussão filosófica, ganhou espaço de relevo entre os filósofos da primeira metade do século XX, em razão das próprias experiências com o fenômeno da morte. Assim, destacam-se o existencialismo fenomenológico de Heidegger, que serviu de fonte para a ética crítica da alteridade de Lévinas e, mais especificamente no âmbito da medicina, para a filosofia de Hans Jonas.

3 ENTENDIMENTOS FILOSÓFICOS SOBRE A MORTE

Heidegger, em *Ser e Tempo*, desenvolveu o método fenomenológico-existencial, investigando o ser-para-a-morte e os modos de ser do Dasein, ser-aí, desde a perspectiva ôntica-ontológica, do ser-no-mundo. O filósofo analisou o ser entre o seu nascimento e a morte, afirmando ser o fim do ser-no-mundo a morte, o fim do poder-ser na própria existência. (HEIDEGGER, 2005a, 11-12),

O homem é um ser-no-mundo que se angustia, disse Heidegger (2005b, § 47, p. 17-20), é um ser temporal, é um ser-para-a-morte. Quando ele afirmava que a “pré-sença completou seu curso”, ele queria dizer que não há como evitar a morte que é um curso normal, temporal. O ser tem o poder de antecipar as coisas e como ele está junto com a morte dos outros, ele é consciente dela, tem experiência sobre ela. Alcançar a morte é atingir a sua totalidade. A morte já é não-mais-estar-presente, não-mais-

ser-no-mundo, porém é como um corpo simplesmente dado. Contudo, interpretar dessa forma é perder a base fenomênica, ou seja, um cadáver pode servir para a anatomia patológica, com ideia de vida. Nesse caso, é um ser sem vida. Há relação ontológica com o “finado” nas cerimônias fúnebres. Os que ficam estão com ele, em reverência, logo ele é mais do que o simples dado. Isso é o ser-com o morto. O sentimento de perda é de quem fica, não do morto, por isso o estar junto dele. O morrer é um fenômeno (não um dado) que é compreendido de forma existencial.

O homem é um ser-no-mundo inacabado e encontra sua totalidade na morte de cada pre-sença que é insubstituível. É como um fruto maduro que se direciona para o amadurecimento. O findar, porém, nem sempre significa completude, que é o ser-para-o-fim, ou ainda-não, isto é, não maduro. “A morte é um fenômeno¹⁵ da vida” e “deve-se entender a vida como um modo de ser ao qual pertence um ser-no-mundo”. A constatação ôntica permite alcançar dados sobre a duração da vida de plantas, animais e homens, conseguir dados sobre multiplicação e formas de morrer (HEIDEGGER, 2005b, § 47, p. 23-28).

Heidegger criticou a não preocupação metafísica com a finitude da vida, na medida em que aquela visão estabelece bases inflexíveis de pensar. Nesse sentido também, a diferenciação entre saúde e doença, e a medicalização, conforme o paradigma metafísico tradicional deveria ser substituído por conceitos existenciais. A saúde passa a compor um “projeto existencial” e, em lugar da “pessoa” metafísica, tem-se o “existente” (Dasein)¹⁶, um ser que está no mundo e o “mundaniza” concomitantemente. O homem é um “fazer-se”, ou seja, não possui uma essência quer

¹⁵ Heidegger (2005a, p. 65) propõe o método fenomenológico, que é “deixar e fazer ver por si mesmo aquilo que se mostra, tal como se mostra a partir de si mesmo”. O fenômeno é o que constitui o ser (p. 68)

¹⁶ A proposta de usar o termo “existente” heideggeriano em vez de “pessoa” da metafísica tradicional foi feita por Julio Cabrera, em Montevideu, no ano de 2004, em uma reunião de bioética. O valor semântico de “pessoa” era associado ao modelo “cartesiano-baconiano” sob o viés da racionalidade humana. (CABRERA; SALAMANO, 2014, p. 119-120)

seja moral quer seja racional. O Dasein finito e indeterminado faz-se temporal e histórico. A modernidade é, para Heidegger, um “modo de ocorrer o ser”, quando a técnica tomava posição dominante que não estimulou o pensamento, a criação e a revelação do ser. Os textos heideggerianos indicam que a doença, vez que seria um fenômeno existencial, não poderia ser produzida de forma causal, pois a medicalização moderna pode preceder doenças e produzir Daseins. As tecnologias técnicas teriam reduzido a sua aplicação a principialismos como forma de resolver conflitos (CABRERA; SALAMANO, 2014, p. 119-122).

Lévinas (2000, p. 10-11), em Deus, Morte e Tempo¹⁷, assinala que a “aniquilação”¹⁸ da morte é um atributo ‘negativo’¹⁹ dado a ela, esculpido na ira e no propósito de tirar a vida do outro. Lévinas se coloca contrário à premissa de Heidegger²⁰ em achar que a morte é algo já certo, *a priori*,

¹⁷ Lévinas escreveu em sua obra *God, Death and Time* (2000, p.7-11) que o ser-para-a-morte de Heidegger parece não levar em consideração que a morte esteja inserida dentro de uma perspectiva temporal uma vez que Heidegger coloca morte com um fim, um nada. Lévinas, por seu turno, entende que a morte mais se aproxima do “desconhecido” (“Unknown”). A “duração do tempo” (duration of time) ou “temporalização” (“temporalization”), não se está questionando “O que é o tempo?” (“What is time?”), porque o tempo em si é um ser, no sentido heideggeriano. A duração temporal simboliza a “paciência” (“patience”) sem ação, um tempo que não se mede tal como em um relógio, tratando-se do que “flui dentro do tempo” (“flows within time”). Esta última frase não está relacionada com a ideia de “ser e nada” (“being or nothingness”), a “morte é entendida como a paciência do tempo” (death is understood as the patience of time), significando que a paciência realça a ideia de passividade. Lévinas reflete sobre a possibilidade de a morte ser reduzida ao ser ou nada e discorda disso. Ele argumenta que o conhecimento que se tem da morte e do processo de morrer chega de forma empírica, pela experiência, pela linguagem através das palavras, dos textos religiosos, poéticos e provérbios; e pela observação do falecimento do outro e das atitudes concernentes ao morrer de quem está falecendo, inclusive do esquecimento da morte; e do saber científico que é superficial. Para a ciência, os movimentos (fisiológicos) que expressam o vivo desaparecem com a morte. Nesse ponto, a morte atinge a autonomia de tal forma que seja capaz de acobertar alguém “dentro do seu rosto” (“within his face”) caracterizando a morte como “sem resposta” (“sans réponse”). Eles são movimentos vegetativos. O que se mantém ocultado se despe para a averiguação médica. A vivência empírica conduz à permanência da ideia de aniquilação de um modo de ser subsistindo a simples matéria residual objetiva como um aspecto negativo (O pensamento negativo da morte advém da relação com o outro) da morte resultado da observação da parada dos movimentos, sem conceber a morte como transformação. Ainda que a morte seja vista como uma partida, com um falecimento, é mantido o seu aspecto negativo, ou seja, o desconhecido, o sem volta, o sem endereço. Há uma formação de “algo” (“something”) que se expressa e não de “alguém” (“someone”).

¹⁸ “aniquilation”.

¹⁹ “negative”.

²⁰ Heidegger, em *Ser e Tempo*, já acabou a obra situando a morte como algo menos controverso: analisa o “ser” em seu significado verbal, diferenciando-o de “seres”, este o substantivo daquele. Os homens assimilam o “to be” (ser) anteriormente à expressa ontologia, antes de refletir sobre o ser,

e que possui um sentido aniquilador, pois, para aquele, a morte não é só isso, ela é também é uma relação emocional e intelectual que inclui o conhecimento sobre a morte dos outros.

A expressividade comportamental reveste o ser biológico (eu) e o revela superando a própria nudez de tal modo que seja feito um rosto desse ser por meio do qual esse ser se expressa, mas não de forma indiferente, e sim um outro que é diferente e que toca o eu (ser). “Alguém que morre: um rosto que se torna uma máscara”²¹ pelo desaparecimento da expressividade, é uma experiência da morte do outro, logo, não a do eu, mas que mantém uma relação ultrapassa o biológico, já que é alguém (LÉVINAS, 2000, p. 11-12).

Lévinas (2000, p. 12) aborda o rosto. Nesse trecho da obra, ele descreve, de forma fenomenológica, o rosto – este, não materializado, expressa a alma materializada como coisa estruturada como uma ideia vaga de alguém. A alma se manifesta pelo rosto. A questão levantada está anteposta ao “ser ou não ser”²². A morte não é um fato empírico, ela não se esgota naquilo que se apresenta. A expressão nua do outro, o rosto deste, apela para o Mesmo, colocando-se sob a responsabilidade do Mesmo – então, o Mesmo responde aos sinais do outro. Independentemente de dívida para com o outro, ele é entregue ao Mesmo para que este cuide do out-

algo como sendo pré-ontológico, embora ainda sem compreender e repleto de questionamentos, já se tem uma resposta prévia. O homem é um ser que entende e questiona sendo, ele atende a uma predisposição de questionar-se sobre o seu ser, dentro de uma preparação para isso, um “ter-de-ser”. O Dasein é caracterizado por uma deficiência, uma necessidade que é a morte. A morte é entendida como “o fim da duração de um ser no fluxo ininterrupto do tempo” (“the end of the duration of a being in the uninterrupted flow of time”). Isso denota a ideia de destruição. Heidegger não se ocupa com o sentido do existir humano em si, senão pela imponência do ser. “O homem é uma modalidade do ser” (“Man is a modality of being”). A preocupação heideggeriana de morte é ontológica. A individualidade do Dasein (existência) é completada com a morte. A morte em Heidegger não representa maturidade, pois o Dasein não esgotou suas possibilidades de amadurecimento como um fruto, que são retiradas com a morte. Esta não significa cessação, desaparecimento, término de um trabalho, contudo uma forma do Dasein naquele exato momento. Logo que nasce, uma pessoa já pode morrer. O tempo é o ser e o morrer. O fim do Dasein mesmo é quando ele assume o término do seu próprio ser, nesse caso, a totalidade acompanha. (LÉVINAS, 2000, p. 24-41)

²¹ “Someone who dies: a face that becomes a masque.”

²² “to be or not to be”.

ro. A identidade do Mesmo é impactada pela morte do outro implicando naquele uma culpabilidade.

A ansiedade sentida em relação à morte tem a ver com a noção do nada atribuído a ela. A duração do tempo exige uma mortalidade (LÉVINAS, 2000, p. 15-18) O ser não é limitado pelo tempo, este relaciona aquele com o infinito, com o Diferente. A morte não é um momento aniquilador, mas necessário para o infinito que será produzido. As mesmas questões são colocadas quando se lida com a própria morte, ou seja, não se pode afirmar pela experiência, contudo um relacionamento (LÉVINAS, 2000, p. 19-20).

A morte como um fim demanda a intransmissível responsabilidade pelo outro em tal medida que se inclua na morte do outro e que tome a morte deste como a primeira morte do Mesmo (eu). Assim, vai-se para além do nada (morte) de Heidegger, a partir da reverência à morte do outro. Na base do relacionamento com o infinito está o tempo²³ (LÉVINAS, 2000, p. 43).

Valiosas são as contribuições de Jonas (1997, p. 149-153) na definição da morte cerebral. Enquanto esteve em sua missão no Centro Médico da Universidade da Califórnia em São Francisco, relatado no tópico anterior, ele se perguntou: “o paciente morreu?”; “o que vai acontecer com o que segue sendo um paciente?”²⁴. Por meio destas indagações, Jonas não pretendia definir a morte, mas a vida e a concepção de ser humano. O seu entendimento foi o de que o corpo não pode ser tratado como uma mera coisa, logo não se pode prolongar a vida de um corpo destituído de cérebro. O médico deve interromper a conexão do paciente com os aparelhos. Essa é uma decisão axiológica. Não é o fato clínico da morte cerebral que determina isso, mas impera a análise da obrigatoriedade ou não de o médi-

²³ Heidegger buscou compreender o ser-aí em sua totalidade, a saber, não aquele ser que não mais está na posse de si mesmo diário. Para o Dasein, o morrer não repousa em atingir o seu fim, mas estar perto deste em cada momento, porque esse ser tem de morrer. O morrer não é um momento, entretanto um modo – um ser, um ainda não, é seu fim ou está em seu fim (transitividade do verbo ser). (LÉVINAS, 2000, p. 43-44)

²⁴ “¿ha muerto el paciente?”; “¿qué va a pasar con el que sigue siendo un paciente?”.

co estender a vida do paciente a todo custo. A partir da definição se poderia concluir por um paciente ou um cadáver. Tratava-se de uma “simulação de vida?”²⁵, ou de uma potencialização das partes do corpo?

A fronteira entre a vida e a morte não é seguramente conhecida. Por isso, não é uma simples definição que vai tomar o lugar do conhecimento, até mesmo porque não se sabe ao certo se o estado comatoso pode se um resquício de vida, deste modo, a vida é um fato presumido. Pelo lado da filosofia, essa definição retoma o dual corpo e cérebro, analogicamente equiparado ao dualismo transnatural antigo que via a base da pessoa humana no cérebro considerando o resto do corpo apenas um instrumento de utilidade, ou seja, falindo o cérebro sobrariam os “restos mortais”²⁶. Por outro lado, o que se defende é que havendo falência total e irreversível do cérebro, deve-se deixar que a morte natural aconteça. A identidade do indivíduo engloba o corpo todo (JONAS, 1997, p. 154-155).

O momento de tomar a decisão sobre a morte é carregado de valores morais. A sociedade moderna e secular é acovardada em relação à morte concebendo-a como um malefício absoluto²⁷. Na realidade, o mecanismo da rotina substituiu a responsabilidade valorativa de decisão. A redefinição da morte suplanta os princípios que fundamentam o processo de desvinculação da pessoa do respirador. A morte, outrossim, possui a própria dignidade e é direito humano deixar seguir o seu curso normal (JONAS, 1997, p. 155-156).

²⁵ “¿simulación de vida?” Em verdade, Jonas reflete sobre as possibilidades de transformar corpos em potenciais como “bancos de órgãos frescos”, ou uma “fábrica de hormônios ou outras substâncias bioquímicas”, ou ainda, “um banco de sangue que se autorregenera” (“bancos de órgãos frescos”; “fábrica de hormonas y otras sustancias bioquímicas”; “un banco de sangre que se autorregenera”).

²⁶ “restos mortales”.

²⁷ Nesse sentido também, é válida a reflexão de Knobel e Silva (2004, p. 133) sobre a morte para a cultura ocidental vivida com sentimento de perda, medo, insegurança, fracasso e tristeza. A ameaça de perder alguém desperta sentimentos de angústia e esperança prejudicando a capacidade para a tomada de decisões de forma racional. Nas hipóteses de terminalidade da vida ou de estado vegetativo do paciente, deve-se investir na qualidade da relação médico-paciente para se alcançar melhor qualidade de vida para este. O problema é que a própria noção de qualidade já é um conceito subjetivo biológico, social e espiritual. Nos pacientes neoplásicos em estado avançado, a melhor conduta é buscar amenizar-lhes a dor e mantê-los sempre perto de seus familiares e amigos.

Falar em direito de morrer soa no mínimo estranho, uma vez que o discurso reinante sempre foi o direito de viver, isso porque todos os direitos concedidos ou negados, na prática, são desdobramentos do direito de viver já que são de interesse vital. Não é em razão de um direito que a vida existe. Estar vivo é um fato e a vida é resultado natural de uma capacidade inata para a autopreservação. O fato de estar vivo, nas relações humanas, demanda o reconhecimento mútuo do direito à vida (JONAS, 1997, p. 159).

Como é possível se dedicar a um direito de morrer se o que se busca no direito é a satisfação de um bem enquanto a morte é vista como algo mal inevitável? Esse paradoxo leva ao questionamento se o viver é um direito ou uma obrigação. Isso remete a outra conclusão: partindo-se da premissa de que seja uma obrigação de viver, outras pessoas teriam a obrigação de contribuir para isso (obrigação de viver) de tal forma que dessa obrigação se resultaria o impedimento de morrer antes mesmo que se queira. Dessa análise se extrai a necessidade de examinar e discutir a dignidade da morte, que é um dos acontecimentos mais privados. Moral e religiosamente falando, no suicídio é que se viu a melhor representação da escolha. No entanto, esclareça-se que o direito de morrer não se confunde com o suicídio. Ele sim está atrelado à condição daquele paciente que se encontra em estado mortal e vulnerável à medicina moderna materializada nas técnicas de retardamento da morte. Há diferenças entre rechaçar a morte e suicidar-se, assim como também entre deixar morrer e causar a morte (JONAS, 1997, p. 160).

Dessarte, se a medicina moderna não consegue mais melhorar o estado do paciente de tal modo que o organismo não responda mais ao tratamento cuja atuação no organismo se reduz a tão somente mantê-lo, estar-se-ia postergando o evento da morte, um sofrimento sem expectativas de melhora ou cura, que pode colocar o paciente em situação de aprisionamento e de penúria. Dessa conjuntura impende fazer algumas considerações: o espectro da morte pela interrupção do tratamento do

paciente sentido pelo médico e pela instituição; pelo lado do paciente que tem de exigir o fim do tratamento sabendo que resultará em sua morte; e pode ocorrer o sentimento de culpa das demais pessoas envolvidas pela compaixão (JONAS, 1997, p. 160-161).

Nas sociedades livres, em termos legais, salvo os menores de idade e os doentes mentais, todos têm o direito de submeter-se ou de abandonar um tratamento, com a exceção dos casos de interesse público como: do paciente que, mediante acordo prévio com o médico, já tenha sido operado e esteja sob cuidados para uma nova cirurgia no intervalo pós-operatório dando continuidade ao tratamento; no caso de doença contagiosa que possa colocar em risco a vida e a saúde das outras pessoas; nas hipóteses de transtornos mentais que necessitem de isolamento e tratamento; que necessitem de medidas preventivas, como por exemplo, a vacinação. Excluindo essas circunstâncias, a saúde e a doença dizem respeito somente ao paciente e fazem parte de sua privacidade. Qualquer tomada de decisão dentro desta esfera depende da contratação livre dos serviços médicos (JONAS, 1997, p. 161).

Em termos morais, a situação fica mais nebulosa. Pode acontecer de o bem-estar alheio depender do indivíduo imprimindo-lhe responsabilidades. Conjecturando algumas situações, é possível que o sujeito encontre-se na posição de mantedor da família ou de uma mãe que precise tomar conta dos filhos pequenos, ou ainda em um posto titular na execução de tarefas públicas que dependam de suas decisões. Nas hipóteses levantadas, a responsabilidade por rejeitar ajuda médica adentra no campo da moral e não legal. Deve-se levar em consideração que existem tratamentos como o de falência renal em que se o paciente rejeitar o tratamento de diálise, o resultado será a própria morte, caracterizando o suicídio. Veja, porém, que se o paciente empreender esforço violento ativo para tirar a própria vida, qualquer da sociedade, inclusive o poder público, possui o direito de impedir o suicídio ainda que também de forma violenta. Neste

último exemplo, há interferência na liberdade privativa da pessoa²⁸ (JONAS, 1997, p. 161).

Registre-se a diferença entre o que foi dito e a obrigatoriedade do indivíduo doente, e sem quaisquer esperanças de cura ou melhora de sua qualidade de vida, de continuar vivendo sob tratamentos e terapias apenas de manutenção que nem mesmo ele considera digno. Ninguém é obrigado a isso e ninguém tem o direito/obrigação de submeter o outro à “prolongada negação de sua autodeterminação”²⁹. Fato semelhante ao da máquina de diálise como terapia de preservação da vida, é a administração de insulina em diabéticos. Nesses casos, o paciente tem a capacidade tanto decisória como de atuação. Há situações em que o paciente fica agonizando, o chamado “prisioneiro”, em situação de terminalidade que precisa da conduta dos outros para executar sua desistência de tratamento e, por corolário, da vida, e até mesmo de um representante para expressar seus desejos (JONAS, 1997, p. 162).

Aos pacientes conscientes e incuráveis em estado de terminalidade, o médico precisa revelar a enfermidade claramente assim como também respeitar a autonomia daqueles no tocante ao rechaço de terapias e tratamentos. Esses são direitos do paciente sobre a sua morte que contemplam a dignidade humana dentro do plano do ser e não do fazer. A opção pelo não prolongamento terapêutico declarada pelo paciente após ter sido apresentada pela equipe médica, repercute em outro problema: evitar o sofrimento (que também era previsto antes), seja pela mitigação do sofrimento bem como pelo seu fim, necessitando, para tanto, da internação do paciente em ambiente hospitalar pela inviabilidade do tratamento no âmbito doméstico. Em vista disso, o paciente é inserido em

²⁸ O autor esclarece que é permitida a ingerência no momento como um meio de fazer com que a pessoa retome seu estado anterior e repense sobre a conduta de desespero. É sabido que o verdadeiro suicida não desistirá até finalizar o seu intento. O que está em tábua de discussão não a ética do suicida, mas as obrigações alheias de inferir no ato suicida (veja que a pessoa não é obrigada a continuar vivendo, pois o ato é momentâneo) (JONAS, 1997, p. 162).

²⁹ “prolongada negación de su autodeterminación”.

um espaço público tornando-se dependente das regras e diretrizes hospitalares. Por fim a dor e ao sofrimento pode significar acelerar a morte. É impensável obrigar o médico a agir positivamente neste sentido nem a qualquer profissional da saúde. Não se pode incumbir o médico a dar a morte³⁰ (JONAS, 1997, p. 165-167).

O paciente em coma irreversível retrata uma vida remanescente artificialmente sustentada, de um sujeito impossibilitado de manifestação de vontade a qual pode ser feita por um representante. Esse é um caso peculiar em que inexistente um direito de morrer estrito visto que não há um reclamante, isto é, um possuidor do direito para exigi-lo, subsistindo a dúvida sobre qual direito há de ser preservado, o daquele, daquela pessoa anterior, ou do que sobrou da atual. É claro que prevaleceriam, ainda que póstumos, os desejos prévios da pessoa anterior, tendo grande força moral, e jurídica, uma declaração prévia de vontade escrita a despeito do preceito médico de sempre se posicionar a favor da vida (JONAS, 1997, p. 169).

Nesse sentido, impende adentrar na temática da eutanásia e do suicídio assistido e mostrar que são práticas que podem levar a situações irreversíveis de degradação humana.

4 A EUTANÁSIA E O SUICÍDIO ASSISTIDO: UMA LADEIRA ESCORREGADIA

Segundo a historiadora Young (1994, p. 657), as culturas tradicionais como da Índia, da China, do Japão, da Grécia e de Roma, em algum momento de suas histórias, chegaram a legitimar a morte obstinada³¹, todavia por motivos específicos. Quanto ao suicídio espontâneo³², em

³⁰ Discute-se a eutanásia restritamente no caso de haver um restinho de vida que se estende inconscientemente sendo, ainda, conservada de forma artificial.

³¹ Importante salientar que essa modalidade de provocação da morte budista é equiparada à eutanásia ocidental como afirma Neogi (2013, p. 1.211).

³² Dentre os estoicos, o suicídio consistiu num último recurso diante das situações extremamente difíceis e intoleráveis de vida (CONTI, 2004, p. 149), concebido, mais tarde, como um verdadeiro “ab-

contrapartida, por raiva, paixão, medo ou desespero, era visto como uma infelicidade e deveria ser desestimulado pela comunidade pela sua ilegitimidade. Pode-se dizer que houve investidas tentando regular a prática da morte obstinada, mas os indícios mostram que não obtiveram êxito em virtude de alguns fatores, dentre outros, das instáveis condições sociais emergindo um desejo de controle; da legitimidade associada a valores religiosos, filosóficos e societários; da desvalorização do corpo; e do contato cultural. Existe, de acordo com a autora, alguma evidência de que possa ter colaborado para a continuidade da prática do suicídio médico assistido em Roma e na Grécia, tipificando uma “ladeira escorregadia” da bioética³³. Na antiguidade clássica, os gregos e os romanos aceitavam a prática da eutanásia, embora com natureza e prática diferente da hodierna. Mesmo assim, existiam autores contrários a ela, como um grupo de médicos encabeçado por Hipócrates que não era favorável ao uso de drogas mortais. Os estóicos endossaram a eutanásia quando a vida de um indivíduo não mais estava de acordo com as próprias necessidades e autodesenvolvimento³⁴. Sócrates e Platão defenderam-na enquanto Aristóteles considerou o ato como de extrema covardia.

A filosofia budista, hodiernamente, proíbe qualquer tipo de assassinato, tanto é que preconiza a descoberta das causas que provocam a tristeza e a doença material. Porém, no passado, alguns seguidores eremitas, insatisfeitos com suas vidas de meditação, tiravam a própria vida. Eles acreditam que destruir o corpo era fundamental para encontrar o esclarecimento. Os monges budistas acabaram consentindo na morte obstinada em duas situações: quando provocada pelo sentimento intolerável de angústia

surdo” por Kant a filosofia de aceitar a antecipação da morte por não mais ver utilidade em sua vida e buscar a “serenidade da alma” (KANT, 2003, p. 264).

³³ A ladeira escorregadia é um termo empregado na bioética que significa que um ato isolado pode gerar futuros eventos de progressivo malefício, ou seja, fazer pequenas concessões que podem significar resultados controversos. Essa é uma expressão cunhada pelo Dr. Leo Alexander, assistente de acusação dos médicos nazistas em Nuremberg, 1946-1947, para explicar os acontecimentos nos campos de concentração e nas condutas eugênicas realizadas (GOLDIM, 2004).

³⁴ O filósofo Zeno encontrou uma forma de se livrar da terrível dor que sentia na perna.

e/ou quando causada pela dor física insuportável. Ambas foram perdoadas por Buda. Isso mostra a então necessidade da busca por um fundamento justificável para a provocação da morte³⁵ (YOUNG, 1994, p. 658).

Nos dias atuais, é possível o desenrolar de uma ladeira escorregadia se houver a legitimação do suicídio assistido ou da morte obstinada em razão da presença de certas condições sociais, como o amplo envelhecimento populacional, a legitimação associada a valores societários centrais como a autonomia e a liberdade, e a rápida transformação social. Ademais, podem acontecer futuras circunstâncias que contribuam para essas ladeiras, isso justifica a não legitimação dessas práticas, nem mesmo justificada pela compaixão por esses indivíduos ou pelo reconhecimento de sua autonomia (YOUNG, 1994, p. 657).

Nos tempos antigos, as expressões originariamente gregas da “boa morte” ou da “morte fácil” significavam “eutanásia” e referiam-se à morte natural transcorrendo com paz e sem dor na proximidade e no conforto de seus familiares. Esse uso arcaico transformou-se passando a referir-se à conduta de alguém finalizar com vida e com o sofrimento de outra pessoa. A própria eutanásia subdividiu-se em categorias: a) eutanásia voluntária, quando o doente pede para ser morto; b) eutanásia involuntária, quando envolve a morte de uma pessoa incapaz, como uma criança ou idoso demente, realizada a pedido de um cuidador ou membro da família; c) eutanásia passiva, morte indesejada ocorrida após a retirada ou suspensão de tratamento médico que sustenta a vida, na verdade, é um termo impróprio porque a pessoa morre não morre pela retirada ou suspensão do tratamento, mas naturalmente pela doença ou lesão subjacente³⁶ (SMITH, 2002, p. 1).

³⁵ Dalai Lama, recentemente, defendeu que o prolongamento da existência de uma pessoa que está gravemente enferma, ou que se encontra em estado vegetativo, causa mais dificuldade e sofrimento não só ao doente como também aos demais. (NEOGI, 2013, p. 2.010-2.011)

³⁶ Na Holanda, entre 1990 e 2001, a eutanásia era tolerada sendo legalizada após 2001. Nesse país, pacientes acima de 12 anos, acometidos de doença incurável, que apresentem dores insuportáveis que não respondem a tratamentos e com o auxílio médico, podem pedir a realização da eutanásia. Em

O suicídio assistido está muito próximo da eutanásia e acontece quando uma pessoa fornece instruções, meios e a capacidade, utilizando-se deste outro indivíduo, para cometer a própria morte. A diferença entre o suicídio e o suicídio assistido é que, no primeiro, a própria pessoa sozinha acaba com a vida dela, ao passo que no segundo, a pessoa comete o suicídio unindo-se a outrem que lhe presta auxílio. Ambos, o suicídio assistido e a eutanásia são práticas proibidas pelo Juramento Hipocrático (SMITH, 2002, p. 1).

Sabendo-se que essas condutas são rechaçadas pelos Códigos de Ética Médica e pela legislação pátria, está-se com a prática da ortotanásia concebendo-a, por ora, como a única capaz de atender ao que se espera de uma morte digna, em termos médicos.

5 A MORTE DIGNA PELA ORTOTANÁSIA

O enfrentamento da morte por pacientes com doenças avançadas, e em fase terminal, leva a um novo conceito de morte – a “boa morte” – incorporando cuidados paliativos e o movimento *hospice*. A filosofia *hospice* procura oferecer maior dignidade no ato de morrer, dentro de um ambiente assistencial estético e ético desejável (FLORIANI, 2013, p. 402). Partindo-se de uma proposta de medicina mais humanizada, os cuidados paliativos (saber fazer) têm sido empregados em locais denominados *hospices*³⁷, originários da Inglaterra, em 1967, recebem pacientes que são atendidas

seguida, a Bélgica e Luxemburgo permitiram a eutanásia voluntária, somente para os maiores de 18 anos. O Código Penal uruguaio de 1937 admite o homicídio por compaixão, que equivale à eutanásia voluntária. Veja que apenas quatro países em todo o Globo admitem a prática da eutanásia voluntária. Na própria Austrália, os Territórios do Norte da Austrália, não mais permite a realização da eutanásia tendo vigorado somente pelo período de julho de 1996 a março de 1997. Um estudo realizado na Holanda verificou que após a solicitação da eutanásia, a sobrevivência estimada dos pacientes, em sua maioria, era de quatro semanas. A Associação Médica Mundial vê a prática da eutanásia voluntária um risco de ampliação da conduta caracterizando uma *Slippery Slope*, significando que, uma vez iniciada a descida da ladeira, dificilmente se consegue retornar ao ponto de partida. (GOLDIM, 2014, p. 27-28)

³⁷ Na década de 1970, o termo “cuidado paliativo” foi cunhado pelo canadense Balfour Mount, incorporando o ideário *hospice* inglês (FLORIANI, 2009, p. 39).

por equipe multiprofissional, com ações visando prevenir e aliviar a dor e o sofrimento dentro de uma concepção holística atendendo o físico, o emocional, o espiritual e o social³⁸ (FLORIANI, 2009, p. 9-11).

Para Kovács (2008a, p. 552), no processo para a boa morte, os pacientes, familiares e profissionais podem manifestar desejos diversos. Alguns podem preferir manter a consciência, outros a identidade pessoal ou preservar sua autonomia e existem aqueles que gostariam de passar por tudo sem sofrimento nem consciência, resolver rápido. Entretanto, uma boa morte pode ensejar o envolvimento de alguns aspectos: a) estar consciente da aproximação da morte; b) ser capaz de manter o controle da situação; c) preservar a dignidade e a privacidade; d) alcançar atendimento especializado, alívio do sofrimento e controle dos sintomas; e) escolher o local da morte, por exemplo, a residência; f) ter acesso à informação e esclarecimento; g) receber apoio emocional, social e espiritual; h) poder se despedir; i) ter pessoas significativas perto de si; j) ter seus direitos protegidos; e k) não ter a vida prolongada indefinidamente.

A morte digna³⁹ está centrada em dois eixos que se integram: a autonomia do paciente e os deveres de cuidado que devem ser prestados pelos profissionais da saúde. O maior problema ocorre quando se desenvolve a hipertrofia da autonomia do paciente, o que pode resultar em uma “medicina defensiva”. Isso ocorre quando, de forma louvável, se tenta realçar a dignidade e a liberdade do doente e se abolir o paternalismo médico por meio de normas que regulamentam a autonomia do paciente exigindo a prática do consentimento informado e a transmissão de esclarecimentos e informações ao paciente. Outro aspecto importante é a relação de confiança que deve existir entre médico e paciente na medida em que é caracterizada pela intimidade e pelo caráter personalíssimo de

³⁸ O grande problema com o movimento *hospice* é a progressiva “institucionalização” que impede a equipe de identificar e atender a cada caso, e a “rotinização” dos cuidados paliativos o que pode afastar a proposta do acolhimento com compaixão.

³⁹ A “morte digna” aqui é entendida como “boa morte” ou “morte boa”.

sofrimento físico, psíquico e espiritual e pela necessidade de diagnosticar corretamente e disponibilizar o tratamento correto e oferecer bem-estar ao paciente. Quando, porém, se a relação é estritamente profissional, impera uma relação de desconfiança da medicina defensiva, surgindo o conflito. É essencial para uma confiança plena o altruísmo, a empatia, a integridade, a honra e a verdade. No âmbito das relações sanitárias, essa mudança de paradigma se deu por causa da complexidade do sistema de saúde, do desenvolvimento tecnológico e pelo fato de a prática médica estar mais impessoal e desumanizada (OTERO, 2012, p. 152) .

Os enfermos em fase terminal atravessam uma situação pessoal de perceber-se em sua natureza e dignidade como seres humanos realizando um exercício antropológico. Pela compreensão e reconhecimento de si mesmo, de sua doença e de sua condição existencial quando submetidos à extrema dependência e fragilidade, por meio dos cuidados paliativos, conseguem enfrentar sua enfermidade. O princípio ético que sustenta essa argumentação é o de que o ser humano “moribundo” não se apresenta como um “problema técnico múltiplo”, mas um ser humano único e insubstituível que possui uma intimidade, uma vida e uma história própria passando por uma grande dificuldade, ou seja, ele está morrendo e tem consciência disso. Ele percebe que seus órgãos não mais funcionam, mas pior que isso, tem consciência de que sua própria natureza está prestes a desaparecer por inteiro e de sua “miséria existencial”. Na tomada de consciência de si mesmo, o enfermo assume que é frágil, vulnerável e doente, que a sua natureza humana é assim mesmo, “uma debilidade encarnada e mortal” muito embora busque aceitar essa condição ofuscada por uma vida ativa cheia de vigor, temporária. Em seu momento retrospectivo, é hora de o doente avaliar seus erros e acertos passados. Muitas vezes, entretanto, a enfermidade toma o doente com tamanha gravidade que ele não consegue tecer quaisquer considerações de si mesmo e de sua existência, tampouco a respeito das decisões terapêuticas. Muitos são

abandonados e isolados ficando sem comunicação por longos períodos de tempo. As terapias são infrutíferas gerando depressão e angústia o que necessita de tratamento sob pena do desejo de morrer dar ensejo a pedidos de eutanásia e suicídio assistido. Pedir a própria morte é degradante e humilhante. Os cuidados paliativos são o resgate do sentido humano dentro da medicina (SÁNCHEZ, 2012, p. 135-149).

Ademais, a maneira como uma sociedade se comporta ou interpreta a morte evidenciam a sua “identidade coletiva”, dado que essa interação com a morte representa como essa comunidade se organiza culturalmente. (GIACOIA JÚNIOR, 2005, p. 14-15). O jeito de lidar com essas circunstâncias foram interpretados diferentemente ao longo da história da humanidade demonstrando que a morte possui um caráter cultural de acordo com o momento histórico atingindo dimensões sociais, religiosas, filosóficas, científicas e biológicas (ALBUQUERQUE; DUNNINGHAM, 2013, p. 7).

Houve, ao longo da história da humanidade, uma transformação na maneira de se interpretar a “boa morte” ou o “bem morrer” que, em verdade, relaciona-se com os “desejos do moribundo” como a escolha do local do sepultamento, e com o medo da morte que, por muito tempo, a ideia de boa morte estava atrelada ao fato de não morrer subitamente. O comportamento em relação à morte mudou. Surgiram os conceitos de “morte digna” e de “boa morte” e correlatos. A ortotanásia, defendida neste artigo, etimologicamente quer dizer morte correta (*orto* – correto; *thanatos* – morte) mediante o não prolongamento artificial do processo de morrer oportunizando o processo natural da morte. Essa prática também é conhecida como a “boa morte” ou “morte desejável” e é oposta à distanásia, consistente no propósito de estender a vida a qualquer custo não se importando com o sofrimento do paciente. Esta é uma prática muito discutível visto prolongar a agonia do paciente sem conseguir a cura (JUNGES et al., 2010, p. 278-279).

Percebe-se uma mudança histórica no conceito de “boa morte” para “morte digna” ocorrida concomitantemente ao relevo da eutanásia no século XX. O que se busca, neste momento, entretanto, é trazer a ideia de “morte digna” ou “morrer com dignidade” dentro do campo da medicina oferecendo ao paciente todas as chances de melhorar sua qualidade e dignidade enquanto vivo.

O grande problema acerca das atitudes em relação à vida e à morte na esfera da bioética consiste na laicidade das considerações em detrimento da sua sacralidade. Muitos autores debatem a importância de uma bioética laica como requisito para a sua universalidade. O dilema é que até mesmo a interpretação de laicidade gera debates intermináveis em decorrência da subjetividade do termo, como se pretende explicar no próximo tópico.

6 BIOÉTICA LAICA

A sociedade ocidental hodierna é produto do fenômeno migratório. Essa mobilidade enriquece a diversidade cultural, mas também permite o surgimento de conflitos bioéticos em questões complexas como as que dizem respeito à vida, à morte e a enfermidades que são influenciadas, muitas vezes, por conteúdo de ensino religioso. Em vista disso, impende avaliar se é legítima a contribuição das religiões à bioética no contexto atual em razão da laicidade discutida na esfera pública (VELASCO, 2012, p. 180-181).

É possível apontar duas respostas: a) uma positiva em que sociedades plurais e laicas, consensualmente, definem obrigações de forma democrática, mantendo suas convicções religiosas em âmbito privado, afastando da vida pública (administração da sociedade multicultural) a vida privada (crenças pessoais e religiosas); e b) uma negativa, em que os indivíduos fazem parte de grupos diversos e sistemas de valores par-

ticulares que podem estar incutidos de fundamentos religiosos, quando a religião seria um dos principais elementos na discussão sobre pluralismo cultural. O termo “laico” comporta dois significados. Como algo que se opõe ao religioso ou no sentido grocista⁴⁰ de planejar algo como se Deus não existisse. Não raras vezes a bioética laica é interpretada como oposta à religiosa, em particular à cristã, mais especificamente, à católica. Uma maneira de valorizar as bases religiosas é compreender a laicidade dentro da concepção grocista partindo do princípio de uma bioética racional crítica, reconhecendo o ser humano como um valor que busca qualidade de vida sem desconsiderar suas convicções religiosas (VELASCO, 2012, p. 182).

O Brasil é um país laico já em virtude de sua pluralidade cultural e religiosa. A proteção da vida resta consignada na própria Constituição de 1988, embora não se tenha por certo seu conceito e hierarquia em relação aos demais direitos na Carta fundamentados. A questão persiste sobre a morte, especialmente a tão aludida “morte digna”, ou “morrer com dignidade”, ou ainda, “boa morte”, onde se encontram os fundamentos para ela no ordenamento jurídico brasileiro?

7 A MORTE DIGNA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS CUIDADOS PALIATIVOS NA REALIDADE BRASILEIRA

A morte, como fim da vida, requer também a aplicação dos pressupostos bioéticos e biojurídicos, na medida em que conceitos e ponderações éticas, biológicas e filosóficas são essenciais ao desenvolvimento de normas, para a formação de opinião doutrinária e jurisprudencial, que servirão de fundamentos para a solução de conflitos éticos e morais de acentuada complexidade.

⁴⁰ Referência do autor à Grocio H., *De Iure Belli ac Pacis*, Prolegomena, 11.

O ordenamento jurídico brasileiro não faz referência ao processo de morrer com dignidade, muito embora a doutrina pátria e o Conselho Federal de Medicina contemplem os mecanismos que preconizam a ideia da morte digna, representada pelos cuidados paliativos⁴¹, pela ortotanásia⁴² e pelas diretivas antecipadas de vontade do paciente⁴³ em pacientes terminais.

Nos termos constitucionais, a dignidade vem como fundamento presente no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, logo, em tese, serve de fundamento para todos os direitos fundamentais. A Carta não definiu o termo, quiçá em razão da multiculturalidade característica da realidade brasileira. Contrariamente ao estabelecido na Carta Magna de inerência da dignidade ao ser humano, acredita-se que a dignidade não passa de um valor, que possui um significado particular de um indivíduo, um grupo de pessoas, uma tradição cultural, enfim, um convencionalismo simbólico mutuamente reconhecido que representa algo para um grupo de interesses até mesmo, por exemplo, profissional.

Em termos éticos e biomédicos, busca-se defender a vida. Entretanto, ninguém pode ser submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante. (art. 5º, III, CF) Ora, se a morte é a finitude da vida, aquela faz parte desta. Se a bioética cuida da vida, por consequência cuida da morte. No âmbito da terminalidade da vida, a dignidade pode ser entendida através da valorização de alguns fatores como a amenização da dor e do sofrimento, o conforto, o respeito pelo paciente, autonomia para

⁴¹ Art. 36. Abandonar paciente sob seus cuidados; § 2º Salvo por motivo justo, comunicado ao paciente ou aos seus familiares, o médico não abandonará o paciente por ser este portador de moléstia crônica ou incurável e continuará a assisti-lo ainda que para cuidados paliativos (NCEM, 2009).

⁴² É vedado ao médico: Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal (NCEM, 2009).

⁴³ Art. 1º. Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade (NCEM, 2012).

decidir sobre o local em que prefere passar nos seus últimos dias, a informação sobre sua doença e riscos dos procedimentos, acesso a tratamentos e a medicamentos que possam amenizar o seu martírio, renúncia ou suspensão de intervenções a que não deseja se submeter, não abandonar o paciente, respeitar as suas convicções religiosas, não fazer encaminhamentos terapêuticos e cirurgias desnecessários e sempre demonstrar carinho para aquele ser em desespero.

Ademais, o ambíguo artigo 15 do Código Civil transmite a ideia de que, na presença de risco de vida ao paciente, este não poderá ser constrangido a realizar intervenção cirúrgica e que, na ausência de risco, poderá ser obrigado a se submeter à intervenção. É claro que a intenção do legislador não foi a de forçar ninguém a realizar procedimentos que não deseja ainda que não corra risco de vida ou à sua saúde. Parece que a intenção do legislador ao elaborar tal norma, foi a de valorizar a autonomia do paciente, materializada no consentimento informado esclarecido⁴⁴, embora este não tenha sido regulamentado legalmente, permanecendo, por ora, apenas na seara ética (NCEM, 2009, art. 22) .

Na prática, no Brasil, coexistem três modalidades ideais de morte: a tradicional, a moderna e a contemporânea. A primeira continua sendo vivenciada nas cidades interioranas onde o falecimento de alguém afeta toda a comunidade e a identidade da pessoa entrelaçada ao grupo a que pertence. A morte moderna persiste nos grandes centros urbanos havendo uma perda da identidade da pessoa ao longo do processo de finalização da vida em virtude da progressiva redução de sua autonomia na tomada de decisões. A morte contemporânea vivida nas unidades de cuidados paliativos permite o estabelecimento de novas identidades a partir das relações com cuidadores paliativos seguindo o curso “natural” da morte.

⁴⁴ “Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte. Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte” (NCEM, 2009).

Esse modelo contemporâneo, porém, deve ser aplicado observando-se alguns limites, notadamente quanto à autonomia do paciente terminal. O modelo adotado no caso brasileiro segue os parâmetros ingleses em que o doente terminal deve manter-se em sua residência. O problema é que as desigualdades de tratamento de pacientes terminais são gritantes em razão da diversidade social, de modo que existem doentes que vivem em barracos que aglomeram em torno de dez pessoas em um só ambiente, e aqueles que moram em favelas insalubres e sem higiene. Existem enfermos que nem familiares têm e que necessitam do abrigo de asilos mantidos por religiosos (MENEZES, 2003, p. 113).

Por derradeiro, concorde-se com Foucault de que houve a socialização e a institucionalização da medicina dando-se maior acento à relação entre médicos e pacientes, mas também com Menezes no tocante à perda da identidade diante do paradigma moderno do morrer. O morrer é um fenômeno (não um dado) que é compreendido de forma existencial, disse Heidegger. O ser humano é temporal, logo os modos de ver a morte mudam ao sabor do momento. As modalidades de morte trazidas por Menezes demonstram sim a estratificação social brasileira e a dificuldade intransponível de acesso à morte digna a todos. Uma razão a mais para se defender uma bioética laica e respeitosa.

É salutar a contribuição de Lévinas a respeito da morte. A morte não pode ser encarada como algo aniquilador, mas sim uma relação emocional e intelectual que inclui o conhecimento sobre a morte dos outros. Não se pode afirmar que a morte seja um nada, mas um rumo ao desconhecido. Sob esse ponto, ainda que o autor não tenha se referido expressamente, pode-se associar a ausência de justificativa para a eutanásia e o suicídio assistido.

A tomada de decisão envolve valores morais. Nisso Jonas tem razão. A sociedade precisa perder o medo de falar da morte, aceitá-la. Existe dignidade no morrer consubstanciada no direito humano de deixar

seguir o seu curso normal. Os direitos do paciente estão no campo do ser e não do fazer. Nesse sentido, alguns fatores como a informação clara, o respeito pela autonomia do paciente no tocante ao rechaço de terapias e tratamentos. Se a dignidade é um fundamento constitucional que contempla a vida, ela o faz em relação à morte – sendo assim, as diretivas antecipadas de vontade estariam constitucionalmente amparadas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste artigo visou à abordagem da história da morte; dos entendimentos filosóficos sobre esse fenômeno; da eutanásia e do suicídio assistido como causas à ladeira escorregadia; da morte digna pela lente da ortotanásia; da bioética laica; e da morte digna no ordenamento jurídico brasileiro e dos cuidados paliativos na realidade brasileira, e responder, ao final, a realidade brasileira no trato com a morte de pacientes terminais.

Verificou-se que a melhor saída para se resolver esses conflitos existenciais é mediante a ortotanásia cuja filosofia assevera o respeito pelo curso natural da vida e do seu fim. Essa prática visa oferecer ao paciente os meios de permitir que não sofra por submeter-se a intervenções e a tratamentos que somente lhe prolonguem a vida, mas que são infrutíferos na busca pela cura.

Constatou-se, ainda, que os cuidados paliativos e o movimento de cuidado *hospice* ajudam a aliviar o sofrimento do doente respeitando-o em sua totalidade holística envolvendo aspectos físicos, psicossociais, emocionais e preferências espirituais e religiosas.

Sugere-se que a dignidade, no campo da bioética médica, seja interpretada como a valorização de alguns fatores como o alívio e a mitigação da dor e do sofrimento, o conforto, o respeito pela autonomia do paciente para decidir sobre o local em que prefere passar nos seus últimos

dias, a informação sobre sua doença e riscos dos procedimentos, acesso a tratamentos e a medicamentos que possam amenizar o seu martírio, renúncia ou suspensão de intervenções a que não deseja se submeter, não abandono do paciente, respeito pelas suas convicções religiosas e morais, defendendo-se a bioética laica, não preconceituosa, não tendente à universalização de moralidades e valores.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Daniel Rossini; DUNNINGHAM, William Azevedo. Distância: uma reflexão sobre o papel psicossocial da morte. *Revista Brasileira de Neurologia e Psiquiatria*, Salvador, v. 17, n. 1, p. 5-24, abr. 2013.

BARREIRA JÚNIOR, Edilson Baltazar. Norbert Elias e a solidão dos moribundos. *Cadernos ESP*, Ceará, v. 5, n. 1, p. 37-43, jan./jun. 2011.

BRASIL. Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Regula a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm>. Acesso em: 05 maio 2015.

_____. Código Civil: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CABRERA, Julio; SALAMANO, Mercedes Cecília. Heidegger para a Bioética. In: *Revista Latinoamericana de Bioética*. ISSN 1657-4702 / Volumen 14 / Número 2 / Edición 27 / Páginas 118-127 / 2014.

CFM – Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 1.995/2012. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2015.

_____. Novo Código de Ética Médica. Curitiba: CFM, 2009.

CRM/PR – Conselho Regional de Medicina do Paraná. Parecer n. 1243/2000. Protocolo n. 2516/2000. Morte cerebral encefálica/coma. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CRMPR/pareceres/2000/1243_2000.htm>. Acesso em: 16 de nov. 2015.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. Biodireito: a norma da vida. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ELIAS, Norbert. A solidão dos moribundos, seguido de envelhecer e morrer: alguns problemas sociológicos. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

FLORIANI, Ciro Augusto. Moderno movimento hospice: fundamentos, crenças e contradições na busca da boa morte. 2009. Tese (Doutorado em Ciências na Área da Saúde Pública) – Ministério da Saúde, FIOCRUZ/ Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2009.

_____. Moderno movimento hospice: kalotanásia e o revivalismo estético da boa morte. In: Revista Bioética, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, p. 397-404, 2013.

FOUCAULT, Michel. A microfísica do poder. Organização e tradução de Roberto Machado. 4. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.

REIMÃO, Sofia. A questão da medicina e a morte como questão em Hans-Georg Gadamer. Lisboa: Universidade Católica, 2010.

GIACOIA JÚNIOR, Oswaldo. A visão da morte ao longo do tempo. *Medicina, Ribeirão Preto*, v. 38, n. 1, p. 13-9, 2005.

GOLDIM, José Roberto. Refletindo sobre a morte: aborto, infanticídio e eutanásia. In: _____. Breve introdução ao pensamento de Peter Singer. Porto Alegre: Editora UniRitter, 2014.

_____. Slippery Slope. 22 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/slippy.htm>>. Acesso em: 10 set. 2015.

HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo. Parte 1. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Coleção Pensamento Humano. Universidade São Francisco/São Paulo: Editora Vozes, 2005a.

HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo. Parte 2. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Coleção Pensamento Humano. Universidade São Francisco/São Paulo: Editora Vozes, 2005b.

JONAS, Hans. Técnica, medicina y ética. Sobre la práctica del principio de responsabilidad. Barcelona/Buenos Aires/México: Editorial Paidós, 1997.

JUNGES, José Roque et al. Legal and ethical reflections on end-of-life: a discussion on orthothanasia. *Revista Bioética*, v. 18, n. 2, p. 275-88, 2010.

KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes: contendo a doutrina do direito e a doutrina da virtude. Tradução de Edson Bini. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP. São Paulo: Edipro, 2003.

KIND, Luciana. Máquinas e argumentos: das tecnologias de suporte da vida à definição de morte cerebral. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v.16, n.1, jan.-mar. 2009, p.13-34.

KOVÁCS, Maria Júlia. A morte no contexto dos cuidados paliativos. In: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE SÃO PAULO. Cuidado paliativo. Coordenação institucional de Reinaldo Ayer de Oliveira. São Paulo: CRM-SP, 2008a.

_____. Representações de morte. In: _____ (coord.). Morte e desenvolvimento humano. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008b, p. 1-13.

LÉVINAS, Emmanuel. God, death and time. Translated by Bettina Bergo. California: Stanford University Press, 2000.

MENEZES, Rachel Aisengart. Um modelo para morrer: última etapa na construção social contemporânea da pessoa? In: Campos, v. 3, p. 103-16, 2003.

MOTTA, Márcia Vieira da et al. Pedidos para interrupção de gestação de anencéfalos: jurisprudência no estado de São Paulo. Saúde. In: Saúde, Ética & Justiça, v. 18, n. 2, p. 146-56, 2013.

NEOGI, Suchandra. Self-willed death: an aspect of euthanasia in Buddhism. Department of philosophy, Burdwan University, W.B, India. International Journal of Current Research, v. 5, n. 07, p. 2010-11, jul. 2013.

OTERO, Juan María Martínez. Autonomía e información de los pacientes: del reconocimiento de derechos a la pérdida de confianza. Reflexiones con motivo de la aparición de nuevas normas sobre los derechos de los pacientes al final de la vida. Universidad CEU Cardenal Herrera – Valencia (España). Cuad. Bioét., v. XXIII, p. 153-67, 2012/1ª.

SALGUEIRO, Jennifer Braathen; GOLDIM, José Roberto. As múltiplas interfaces da Bioética com a religião e a espiritualidade. In: GOLDIM, José Roberto et al. Bioética e espiritualidade. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007. (Coleção Bioética 1).

SÁNCHEZ, Emílio García. El rescate de lo humano en el enfermo que se muere. Universidad CEU Cardenal Herrera-Valencia (España). Cuad. Bioét., v. XXIII, p. 135-49, 2012/1ª.

SMITH, Wesley J. Euthanasia and assisted suicide. Encyclopedia of Crime and Justice, 2002, sep. 2015. Disponível em: <<http://www.encyclopedia.com/doc/1G2-3403000109.html>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

VELASCO, Maria Cruz Días de Terán. Bioética laica e bioética religiosa: claves para uma argumentación contemporânea. 2012. Cuad. Bioét., v. XXIII, p. 179-93, 2012/1ª.

WALTER, Tony. Historical and variants of the good death. Department of Sociology, University of Reading, Reading RG6 6AA. BMJ, v. 327, n. 26, p. 218-20, jul. 2003.

YOUNG, Katherine K. A cross-cultural historical case against planned self-willed death and assisted suicide. McGill Law Journal, p. 657, 1994.

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PELO PODER JUDICIÁRIO

THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF SOCIAL BY THE JUDICIARY

Elaine Juliane Chielle

RESUMO

O presente estudo tem por base a análise dos direitos fundamentais sociais, através de uma breve abordagem sobre a evolução dos direitos fundamentais e suas gerações ou dimensões, que surgiram em decorrência da evolução e reconhecimento dos referidos direitos em determinadas épocas influenciados por lutas e reivindicações. Os direitos sociais decorrem dos direitos fundamentais, e se encontram nos denominados direitos de segunda dimensão ou geração. Possuem previsão expressa na nossa Constituição Federal de 1988 com capítulo próprio. Contudo, ainda que haja dispositivo e tutela constitucional para os direitos sociais, há uma grande deficiência quanto à sua efetividade em decorrência da ineficiência do Estado. E é justamente neste contexto que o Poder Judiciário deve agir como intervencionista, objetivando garantir a efetividade dos direitos fundamentais sociais, assim como forma de concretizar os objetivos da nossa Constituição concernentes a essa temática.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direitos sociais. Efetividade. Poder Judiciário.

ABSTRACT

This study is based on analysis of fundamental social rights, through a brief overview on the development of fundamental rights and their generations or dimensions, which emerged as a result of evolution and recognition of those rights at certain times influenced by struggles and demands. Social rights are derived from fundamental rights, and are in so-called rights of second dimension or generation. They have express provision in our Constitution of 1988 with its own chapter. However, even if there device and constitutional protection to social rights, there is a major deficiency as to its effectiveness due to the inefficiency of the state. And it is precisely in this context that the judiciary should act as interventionist, aiming to ensure effectiveness of fundamental social rights, as well as a way to achieve the goals of our Constitution concerning this subject.

Keywords: Fundamental rights; Social rights; Effectiveness; Judiciary

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo procura abordar sucintamente os direitos fundamentais sociais, aqueles compreendidos na segunda dimensão ou geração de direitos fundamentais, consagrados em capítulo próprio da nossa Constituição Federal de 1988, sob o Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, e também no Título VIII “Da Ordem social”. Por serem os direitos fundamentais sociais por si só um tema que permitiria uma vasta abordagem devido a sua amplitude, nos ateremos aqui a quanto a eficácia que o Poder Judiciário pode gerar ao agir como intervencionista para garantir a prestação de tais direitos pelo Estado, discorrendo sobre as críticas quanto a atuação do Poder Judiciário, tais como alegação de ilegitimidade em decorrência da Trílice Repartição de Poderes, isso porque a prestação de direitos sociais pelo Estado exige recursos públicos, e isso

é matéria de competência dos Poderes Legislativo e Executivo, e outra crítica no que diz respeito à questão da reserva do possível.

Para contextualizar sobre a imprescindibilidade dos direitos sociais, há a necessidade de estudar os direitos fundamentais, e isso logicamente se deve ao fato de os direitos sociais decorrerem dos direitos fundamentais e possuírem estreita vinculação, assim é analisado no presente estudo tanto alguns conceitos por renomados doutrinadores como uma breve explanação quanto a sua a sua evolução.

Contudo, muito embora seja inquestionável a importância da prestação dos direitos sociais, assim como a sua devida tutela pela nossa Carta Magna, é sabido que existe uma grave deficiência na prestação desses direitos por parte do Estado, e é esta questão que torna necessária a atuação do Poder Judiciário.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A respeito da terminologia dos direitos que aqui invocamos, são as mais diversas encontradas em doutrinas, mas em consonância com os ensinamentos de Sarlet (2001, p. 10), também optamos aqui por utilizar a terminologia “Direitos Fundamentais”, aderindo à fórmula utilizada em nossa Constituição Federal, vez que se harmoniza com a tendência identificada no constitucionalismo mais recente, e cumpre com um significado melhor do que o caráter anacrônico e substancialmente insuficiente dos outros termos normalmente utilizados na doutrina tanto nacional quanto estrangeira, pois se encontra atrelado a categorias específicas do gênero direitos fundamentais. Sarlet (2001, p. 10), também faz uma distinção entre os direitos fundamentais, que seriam aqueles positivados pelo direito constitucional, com delimitação espacial e temporal, dos denominados “Direitos Humanos”, o que para ele “constituem as posições jurídicas reconhecidas na esfera do direito internacional positivo ao ser humano

como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem jurídica positiva interna”.

Para a conceituação do que vem a ser direitos humanos, de acordo com Treviso (2009, p. 21), os direitos humanos “devem ser entendidos como produtos culturais que surgem como resposta a um contexto concreto e preciso de relações entre pessoas”, que iniciou sua expansão no mundo globalizado no início do século XV, com o advento do capitalismo moderno. Na continuidade, Treviso diz que os direitos humanos surgiram em um mundo globalizado e cada vez mais competitivo, com o objetivo de resguardar a existência de uma vida digna para todo e qualquer ser humano. Ao que conclui afirmando que tais direitos seriam uma resposta ao capitalismo desenfreado, que se fundamenta na ideia de lucratividade, sem considerar a existência e condição de vida das pessoas humanas.

Sobre o conceito de direitos fundamentais, Alexandre Guimarães Gavião Pinto (2010, p.1), ensina que os direitos fundamentais possuem como sua essência direitos representativos das liberdades públicas, e “constituem valores eternos e universais, que impõem ao Estado fiel observância e amparo irrestrito.”, na continuidade, relata as prerrogativas do direito fundamentais, que em certo momento histórico, tornam concretas as exigências de liberdade, igualdade e dignidade para os seres humanos, de maneira a assegurar uma convivência digna, livre e isonômica ao homem.

Com isso, os direitos fundamentais representam o núcleo de uma sociedade política que é inviolável “com vistas a garantir a dignidade da pessoa humana, razão pela qual não devem ser reconhecidos apenas formalmente, mas efetivados materialmente e de forma rotineira pelo Poder Público.” (PINTO, 2010, p.1).

O ilustre juiz de direito Alexandre Guimarães Gavião Pinto (2010, p.1), ainda destaca que os direitos fundamentais são uma forma de imposição ao Poder Público fundamentadas e legítimas proibições à ingerências destes na esfera jurídica individual. E esses direitos consubstanciam

as limitações que foram impostas pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado, resultado esse decorrente de diversos eventos históricos e ideologias marcadas pelos primados da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana.

No que toca ao assunto dos diferentes conceitos sobre o que vem a ser direitos humano e direitos fundamentais, Sarlet (20015), diz que não é impossível a utilização de uma mesma “(direitos humanos, ou mesmo apenas e de modo genérico, direitos fundamentais, ou, como preferem outros, direitos humanos fundamentais)” para todos os direitos, sejam eles consagrados em âmbito de direito internacional dos direitos humanos, ao nível constitucional interno dos Estados, ou mesmo os direitos na condição de direitos morais que não deixam de ser também direitos humanos e fundamentais.

Para que se compreenda adequadamente o significado dos direitos fundamentais, não é suficiente saber que se trata de direitos assegurados constitucionalmente por determinado Estado, pois tal circunstância, ainda que essencial, por si só não é suficiente, ao menos em relação com a evolução que marcou o constitucionalismo do período Segundo Pós-Guerra (SARLET, 2015).

Ao que se conclui que o conceito de direitos fundamentais não se limita à condição de direitos positivados de forma expressa ou implícita em determinada constituição: “um direito fundamental não é, portanto, apenas um direito de matriz constitucional.” (SARLET, 2015).

Para Araujo (2000, p. 71-72), os Direitos Fundamentais estão incorporados ao patrimônio comum da humanidade, e foram reconhecidos em âmbito internacional a partir da Declaração da Organização das Nações Unidas de 1948. Para ele, os direitos fundamentais têm natureza poliédrica, e se prestam a resguardar ao ser humano a sua liberdade (direitos e garantias individuais), suas necessidades (direitos econômicos, sociais e culturais) e ainda a sua preservação (direitos à fraternidade e à solidariedade).

Para o professor Uadi Lamêgo Bulos (2001, p. 69), os direitos fundamentais, além de fundamentais são também inatos, absolutos, invioláveis, intransferíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, e isso porque fazem parte de um contexto histórico delimitado. Diz ainda que os direitos fundamentais não surgiram à margem da história, mas sim em decorrência dela, em decorrência da reclamação por igualdade, fraternidade e liberdade entre todos os homens.

É grande a dificuldade que se encontra ao buscar apontar qual a teoria do direito que justifica os direitos fundamentais. E isso se motiva no fato de que atualmente a maioria das teorias jurídicas defendem a existência de direitos básicos do ser humano (CARVALHO FILHO apud MIRANDA, p. 5).

Para o jusnaturalismo, os direitos fundamentais são direitos prepositivos, ou seja, são direitos preexistentes à própria Constituição e ao seu reconhecimento pelo Estado, que decorrem da própria natureza humana. Enquanto o Positivismo Jurídico considera direitos fundamentais como aqueles básicos na norma positiva, mas isso não impede o reconhecimento da existência de direitos implícitos, exemplo disso é o art. 5º, § 2º, da nossa Magna Carta. Para o Realismo Jurídico norte-americano os direitos fundamentais são aqueles conquistados historicamente pela humanidade (CARVALHO FILHO, p. 5).

A partir das teorias contratualistas do Estado, surgiu a teoria de John Locke, dentro do jusnaturalismo, o qual possui como pressuposto a ideia de os homens se reúnem em sociedade com o objetivo de preservar a própria vida, liberdade e a propriedade, e torna esses bens um conteúdo de direito ao qual pode opor ao próprio Estado. Para Locke (1998, p. 468), a única maneira em que uma pessoa qualquer pode renunciar sua liberdade natural e revestir-se dos elos da sociedade civil, é mediante acordo com outros homens em juntar-se e unir-se em uma comunidade, para obter gozo seguro de suas propriedades e ter uma maior segurança contra aqueles que não compõem essa comunidade.

A partir dessa teoria, diversos foram os documentos eu tiveram reconhecido marco histórico no que diz respeito ao direito dos indivíduos, tais como a Declaração de Independência dos Estados Unidos, em 1776, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. Mas mesmo antes desses documentos, temos conhecimento de outros que também foram de grande importância para o reconhecimento de direitos ao homem, tais como a Magna Carta de 1215, feita na Inglaterra pelo Rei João Sem-Terra aos bispos e barões ingleses, de modo a assegurar alguns privilégios feudais aos nobres da época, a Petition of Rights, de 1628, o Habeas Corpus Act, de 1679 e o Bill of Rights de 1689.

Contudo, os direitos naturais somente foram positivados na Declaração de Direitos acolhida pela Constituição Americana, que entrou em vigor no ano de 1791, que limitava os poderes do governo federal dos Estados Unidos para proteger os direitos de todos os cidadãos, principalmente no que dizia respeito à direitos de liberdade.

E devido a sua longa evolução histórica, não é possível aplicar aos os direitos fundamentais uma definição absoluta, mas dentro dessa perspectiva histórica, é possível observar a evolução dos direitos fundamentais no que chamamos de ou dimensões. Bobbio (1992, p. 6), diz que “[...] os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer.”

Os direitos fundamentais, conforme breve explanação acima, teve seu desenvolvimento através dos tempos, o que gerou entre a doutrina a classificação em três gerações ou dimensões, levando em conta a cronologia em que os direitos foram conquistados e a natureza que se revestem nas circunstâncias de cada época.

Os direitos de primeira geração ou dimensão, que são direitos de liberdades civis e políticas que surgiram no final do século XVIII, compreendendo as liberdades clássicas, negativas ou formais. Os direitos de primeira geração ou dimensão consubstanciam-se em um remédio eficaz na defesa

da liberdade do indivíduo, possuindo como característica ser instrumento para assegurar a não ingerência arbitrária dos Poderes Públicos no âmbito privado do indivíduo. Ao que se pode concluir que tais direitos impõem restrições à atuação do Estado em prol da esfera de liberdade do indivíduo, exigindo uma abstenção de fazer do Estado, o que justifica a denominação de “liberdades negativas” ou direitos de defesa do indivíduo frente ao Estado. Referidos direitos refletiam o individualismo que predominou o século XIX, com fortes influências dos dogmas do Estado Liberal, que por sua vez tinha como base a defesa intransigente da liberdade individual contra ingerências do poder estatal (PINTO, 2010, p. 4).

Nos direitos de segunda geração ou dimensão, encontramos os direitos sociais, econômicos e culturais ou direitos positivos. Os direitos sociais de segunda geração ou dimensão são entendidos como direitos de grupos sociais menos favorecidos, que conseqüentemente impõem ao Estado uma obrigação de fazer, de prestação, tais como direito à saúde, educação, moradia, segurança pública, alimentação e outros. Possuem como base a noção de igualdade material, visto que de nada adianta possuir liberdade sem as condições mínimas (direitos sociais) para exercê-la. Essa geração de direitos foi conquistada após a Revolução Industrial, quando grupos de trabalhadores passaram a lutar pela categoria. Aqui, ao contrário da primeira geração/dimensão, em vez de se negar ao Estado uma atuação, é exigido dele a prestação de saúde, educação etc. ao que decorre o tratamento de direitos positivos (CAVALCANTE FILHO, p. 12).

Ainda sobre a segunda geração ou dimensão de direitos, vale complementar com os ensinamentos Alexandre Guimarães Gavião Pinto (2010, p. 4), de que aqui o Estado do bem estar social possui relação íntima com o instituto jurídico da igualdade e com o compromisso do Estado com a função social, isso reafirma a ideia de que “o direito é o instrumento humano de coesão social, dotado de um fim definido, que é o bem comum, relacionado com o desenvolvimento integral das potencialidades humanas.”

Seguindo as palavras do renomado juiz, vale salientar que esses direitos correspondem aos direitos de participação, e que a exigência dos Poderes Públicos uma atuação positiva, resulta em uma implementação de políticas e serviços públicos.

Já a terceira dimensão ou geração de direitos fundamentais, abarca os direitos que tem como fundamento o princípio da solidariedade ou fraternidade, caracterizados pela titularidade difusa ou coletiva, ou seja, o titular desses direitos não é o um indivíduo isoladamente, mas sim a coletividade, os grupos sociais. Podemos citar aqui como exemplos de direitos fundamentais de terceira geração a qualidade do meio ambiente, a proteção ao patrimônio histórico e cultural, à paz e ao progresso, dentre outros

Para Sarlet (1998, p. 50), os direitos fundamentais de terceira geração possuem como nota distintiva o fato de se desprenderem da figura do homem- indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos.

Para Alexandre Guimarães Gavião Pinto (2010, p. 5) os direitos dessa última geração são atribuídos genericamente a todas as formações sociais. Aqui os direitos fundamentais possuem como traço mais marcante a proteção dos direitos de titularidade coletiva, possuem caráter humanitário e universal, e se destinam à direitos de grupos de indivíduos.

Há ainda o questionamento sobre uma quarta geração ou dimensão de direitos, mas ainda não há um consenso sobre a existência dessa quarta qualificação de direitos, e tão menos quanto ao seu conteúdo, mas que para Noberto Bobbio trataria dos direitos relacionados à engenharia genética. O mesmo ocorre com a possibilidade da quinta geração de direito ou geração de direitos, a qual possuiria a paz como direito fundante. Tema aqui que não se pretende desenvolver por não ter relação com o núcleo do estudo que se desenvolve.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

De acordo com o explanado no tópico anterior, os direitos sociais compõem o grupo dos direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão.

Os direitos fundamentais que tratamos aqui, conforme também já referidos anteriormente, são as prestações positivas que o Estado deve em favor dos menos favorecidos na sociedade, objetivando a redução da desigualdade, e proporcionar o exercício de direitos fundamentais, tais como: educação, saúde, lazer, segurança, entre outros direitos básicos e essenciais à manutenção da subsistência e dignidade da pessoa humana.

A relevância jurídica e a complexidade da estrutura dos direitos sociais são encontradas quando são considerados direitos às prestações de bens e serviços, frente ao Estado, que tendem a satisfazer necessidades básicas que permitam aos indivíduos o desenvolvimento de seus próprios planos de vida. Esses direitos devem assegurar o acesso tanto a bens materiais quanto imateriais, que sejam necessários para o desenvolvimento de uma vida digna (TREVISI apud PISARELLO, 2009, p. 23).

Os direitos fundamentais sociais, podem ser classificados em dois grupos: os Direitos Negativos, que são os direitos de defesa, e os Direitos Positivos, que são os direitos a prestações. Isso porque os direitos fundamentais são direitos de defesa do indivíduo contra as ingerências do Estado na sua propriedade e liberdade pessoal, limitando o poder estatal para que o indivíduo possa ter uma esfera de liberdade e um direito subjetivo sem interferências indevidas na proteção de direitos fundamentais ou a eliminar agressões que possa sofrer na esfera da sua autonomia pessoal. Já no segundo plano, o dos direitos a prestações, há a concepção de que ao Estado cabe a tarefa de colocar à disposição dos indivíduos os meios materiais, e implementar condições fáticas para possibilitar o exercício efetivo das liberdades fundamentais, os direitos a prestações possuem como objetivo a ga-

rantia não apenas da liberdade-autonomia, que seria a liberdade frente o Estado, mas também a liberdade por intermédio do Estado, onde indivíduo depende de uma postura ativa dos poderes públicos para a aquisição e manutenção de sua liberdade (TREVISIO apud SARLET, 2009, p. 23).

A Constituição Federal de 1988 dispendeu grande preocupação aos direitos sociais do brasileiro, tanto que estabeleceu uma série de dispositivos que asseguram todo o básico necessário para existência digna de cada cidadão, buscando condições ideais de trabalho, emprego e desenvolvimento. Em suma, a Constituição Federal de 1988 trouxe todas as formalidades para que se determinasse um Estado de bem-estar social para o brasileiro.

A Constituição de 1988 acolheu os direitos fundamentais sociais expressamente no título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, com um capítulo próprio e concedendo claro reconhecimento de “status” de autênticos direitos fundamentais, o que afastou a tradição anterior ao nosso constitucionalismo, que, na Constituição de 1934, continha estes direitos no título que tratava da ordem econômica e social, o que reduzia em muito a sua eficácia e efetividade, principalmente pelo fato de serem consagrados como normas de cunho programático. Mas atualmente, com breve olhar no extenso rol de direitos sociais da nossa Constituição, se percebe que o Constituinte, sob a denominação genérica de “Direitos Sociais”, acolheu dispositivos da natureza mais diversa possível, e isso suscita uma série de dificuldades ao se buscar uma definição e classificação dos direitos fundamentais sociais constitucionalmente adequada (SARLET, 2001, p. 17).

Sarlet (2001, p. 20), expõe sobre a constatação de que os direitos fundamentais sociais da forma como se apresentam na nossa Constituição, não formam um conjunto homogêneo, de maneira que não podem ser definidos de maneira restrita apenas como direitos a prestações estatais. E essa ausência de homogeneidade tem como base o objeto diferenciado dos direitos sociais, que abarca direitos a prestações e direitos

de defesa, e é baseada também na “diferenciada forma de positivação no texto constitucional, assim como assumem feições distintas no que diz com a problemática da eficácia e efetividade”.

Importante destacar que os direitos sociais não se limitam apenas aqueles que constam expressamente positivados no catálogo da nossa Constituição, mas de acordo com o disposto no art. 5º, § 2º, podem ser sustentados tanto pela existência de direitos não escritos, quanto direitos sociais que se encontram positivados em tratados internacionais e também aqueles que se encontram em outras partes do texto constitucional, especialmente na ordem social (SARLET, 2001, p.20).

Para tanto, Sarlet (2001, p. 20-21), conclui que, numa explanação sintetizada, a denominação de direitos sociais, à luz de nossa Constituição, não se vincula exclusivamente ao fato de se tratar de posições jurídicas a prestações materiais do Estado, ainda que esteja no cumprimento de sua função como Estado Social, ou apenas ao fato de que se trata de direitos conferidos a uma determinada categoria social. Para ele, a denominação de direitos fundamentais sociais tem sua razão de ser na circunstância de que considerar o homem, na acepção de ser humano, na sua situação concreta em uma ordem comunitária, tendo como objetivo a criação e garantia de uma igualdade e liberdade material, seja por através de determinadas prestações materiais e normativas, ou através da proteção e manutenção do equilíbrio de forças na esfera das relações trabalhistas. “Neste sentido, considerando os aspectos referidos, poderíamos conceituar os direitos fundamentais sociais como direitos à libertação da opressão social e da necessidade”.

Os direitos sociais na nossa Constituição Federal de 1988, conforme já citado, se encontram no Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, e também no Título VIII “Da Ordem social”.

No artigo 6º da Constituição Federal de 1988, vem elencados alguns dos direitos fundamentais sociais: “são direitos sociais a educação,

a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” vale mencionar aqui, que o pilar para os direitos sociais da nossa Constituição é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi promulgada em 10 de dezembro de 1948.

Do artigo 7º ao 11, encontramos os direitos sociais pertinentes ao trabalhador, tanto rural quanto urbano, regulando suas relações individuais e coletivas, tendo como finalidade uma melhor condição de vida social.

Importante aqui destacar que o direito à alimentação foi introduzido somente depois, através da Emenda Constitucional nº. 64 de 04 de fevereiro de 2010.

No título VIII, há tratamento sobre os direitos relativos à Seguridade Social, que engloba a saúde, previdência social e assistência social, e também os direitos relativos à cultura, à educação, à moradia, ao lazer, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como dos direitos sociais da criança e dos idosos.

Os direitos sociais são verdadeira extensão dos direitos fundamentais dispostos no artigo 5º, da Constituição Federal de 1988. E é através desses direitos que se obtém uma qualidade de vida digna para todos, mas principalmente aos menos favorecidos na nossa sociedade, além de reduzir as desigualdades, contudo, é notório que o que se encontra inserido na legislação pátria não possui aplicação no mundo concreto, tema que aprofundaremos no tópico seguinte.

4 EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PELO PODER JUDICIÁRIO

Efetividade ou eficácia social, é a concretização dos efeitos jurídicos no mundo dos fatos. Diz respeito à realização e materialização do Direito. Segundo Luiz Roberto Barroso (1996, p. 83), a efetividade “simboli-

za a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social”.

Contudo, ainda que no § 1º, artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, esteja disposto sobre a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, a eficácia e efetivação dos direitos fundamentais sociais é matéria complexa e controvertida.

Enquanto os direitos negativos possuem plena aplicabilidade dos direitos negativos independente de ser direitos individuais ou mesmo sociais, e isso em virtude de não necessitarem, em regra, da intervenção ativa do Estado para sua concreta efetivação, os direitos sociais de dimensão prestacional não gozam da mesma aplicabilidade, e nesse segundo caso, a justificativa se deve pelo fato de os direitos sociais prestacionais exigirem uma conduta positiva do Estado para obter a concretização. Condutas essas que podemos citar como exemplos a criação de leis parlamentares, atos administrativos, ou, principalmente, a alocação de recursos financeiros.

É aqui que entra a cláusula da reserva do possível, que corresponde à existência de disponibilidade de recursos financeiros pelo Estado, e também da razoabilidade da pretensão deduzida em face do Poder Público, o que passou ser utilizado como argumento pra limitar as prestações estatais de âmbito social. E é justamente nessa situação de limitação de recursos estatais aptos a atender as demandas sociais, que surge a tão questionada hipótese da legitimidade dos tribunais na efetivação desses direitos.

A expressão reserva do possível é aplicada ao fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis frente às infinitas necessidades a serem por eles supridas. Além das discussões jurídicas a respeito dos direitos exigidos judicialmente do Estado há de ser lembrada a existência de um limite de possibilidades materiais para esses direitos. (BARCELLOS, 2002, p. 236).

Portanto, o núcleo da questão reide na tese em que a aplicação e destinação dos recursos sejam exclusivamente de competência dos Poderes Legislativo e Executivo, não sendo legítimo então o Poder Judiciário

para a determinação e aplicação dos recursos em âmbito de direitos sociais prestacionais.

A respeito da alegada incompetência, Sarlet (1998, p. 323,) diz que nas situações onde o Estado se nega a prestação de serviços básicos, os argumentos aqui relatados, como a escassez de verbas e incompetência do Judiciário para decisões sobre a aplicação de tais recursos, não são aptos para afastar a intervenção do Judiciário, e isso decorre do caráter de direito fundamental dos direitos sociais.

Ainda que se fale em reserva do possível, comentada anteriormente, um contraponto a esta questão se encontra no mínimo existencial, que diz respeito a um conjunto de situações materiais imprescindíveis à existência humana digna, e aqui se entenda como não apenas uma experiência física como sobrevivência e manutenção do corpo, mas também a espiritual e intelectual (BARCELLOS, 2002, p. 197-198).

Para tanto, é inegável a obrigação do Estado em fornecer o mínimo existencial para todos os indivíduos que dele necessitarem, pois o não fornecimento dessas prestações é o mesmo que privar a dignidade humana, e conseqüentemente a efetividade mínima dos direitos sociais. E, no caso da não prestação pelo Estado, é competência do Judiciário garantir e efetivar tal prestação.

De acordo com Bittar (2005, p. 306), cabe ao Poder Judiciário cumprir com um papel determinante no que diz respeito à “construção, proteção e garantia da efetividade dos direitos humanos, dentro da tradicional estrutura tripartite de poderes herdada da modernidade.”, e se uma sociedade onde haja a realização da cidadania seja aquela que tem amplo acesso aos direitos, é o mesmo que afirmar que estes direitos são realizados ou respeitados, e, por outro lado, quando esses direitos são violados, a eles deve ser atribuída a devida proteção e garantia jurisdicional, e isso torna a questão do papel do Judiciário um ponto central das discussões sobre o tema dos direitos humanos (ou como tratamos aqui sob a termi-

nologia de direitos fundamentais), e principalmente sobre a eficácia dos direitos humanos.

Ainda que não seja uma tarefa fácil definir com exatidão o que é o mínimo dos direitos sociais, até mesmo em função dos direitos fundamentais não serem absolutos, o magistrado deve realizar uma análise e ponderação no caso concreto, como bem leciona Clève (2006, p. 38), ao dizer que o importante é que o magistrado aja com determinação e cautela, fazendo a ponderação dos direitos, bens e princípios do caso, e “estudando o campo do possível (reserva do possível), mas, ao mesmo tempo, considerando que o Estado democrático de direito está comprometido com o avanço e não com o retrocesso social (vedação do retrocesso social).”

Destarte, no que diz respeito à efetivação dos direitos sociais através do Poder Judiciário, é a de que haveria violação aos princípios da separação dos poderes, visto que a matéria depende da mediação orçamentária e por isso seria de competência executiva e legislativa. Contudo, Clève leciona a favor de que, embora o Judiciário não disponha de um meio de legitimação através de um mecanismo eleitoral tal como os demais poderes, não devemos deduzir pela sua vedação em atuar nas questões referentes aos direitos sociais a partir de um determinado limite. Isso porque o princípio da separação dos poderes deve ser compreendido em conformidade com a nossa Constituição, a qual confiou a este Poder a defesa da ordem constitucional e principalmente dos direitos fundamentais, abarcando aqui os direitos sociais (GONÇALVES, 2009).

Além do mais o Poder Judiciário possui função democrática, atuando como um poder contra-majoritário na defesa dos direitos das minorias, sendo que o devido processo legal, a motivação e recorribilidade das decisões, a publicidade de suas manifestações e a vinculação à Constituição constituem meios de atribuição de legitimidade para sua atuação (GONÇALVES, 2009).

A respeito da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, Andreas Joachim Krell (GONÇALVES apud KRELL, 2009) consigna que, no Estado Social moderno, o princípio da separação dos poderes, que foi idealizado por Montesquieu no século XVIII, deve ser submetido a uma leitura atualizada, no sentido de uma distribuição capaz de garantir um sistema eficaz de freios e contrapesos, e continuar servindo ao seu escopo original de garantir os direitos fundamentais contra o arbítrio e também a omissão estatal.

Nessa linha de entendimento, conclui-se que Judiciário deve intervir nos casos de não prestação de direitos sociais pelo Estado, realizando a devida análise dos casos concretos, e ponderando o mínimo existencial e a reserva do possível, agindo de maneira a controlar a ineficiência das prestações dos serviços básicos e exigir a concretização de políticas sociais eficientes, não podendo as decisões da Administração Pública se distanciarem dos fins almejados pela Constituição, e tão menos em deixar de efetivar os direitos fundamentais.

Conforme explanação inicial sobre o objetivo deste estudo buscou-se aqui analisar o problema relacionados à efetividade dos direitos sociais consagrados na Constituição Brasileira de 1988. Abordou-se a evolução dos direitos fundamentais com seus conceitos, e as dimensões ou gerações de direito que são oriundas das conquistas ao longo da história. Analisou-se também o conceito específico dos direitos sociais que se encontram inseridos no texto constitucional através dos ensinamentos de renomados doutrinadores e estudantes da temática e voga.

Verificou-se que os direitos sociais são normas de aplicabilidade ou eficácia imediata, assim como o art. 5º, § 1º, da nossa Constituição. Foram abordadas também as críticas quanto a atuação do Poder Judiciário para exigir a efetividade dos direitos sociais quando o Estado for omissivo quanto às prestações desses direitos, no que se constatou a total possibilidade da intervenção deste Poder.

Há de se concluir ainda a respeito de os direitos sociais na nossa Constituição serem normas abertas e de formulação vaga, mas que isso não lhes retira a aplicabilidade imediata e plena eficácia, restando ao magistrado a devida análise e ponderação do caso concreto, considerando o mínimo existencial e reserva do possível.

Uma constatação a que se chegou com o desenvolvimento do presente estudo, é a respeito das limitações que os direitos sociais sofrem em consequência da escassez de recursos financeiros, o que é matéria a ser tratada pelos Poderes Executivo e Legislativo. Contudo, demonstrou-se que isso não é fundamento para a não intervenção do Poder Judiciário para exigir a concretização dos direitos fundamentais, pois no caso de haver lesão aos a esses direitos, é competência do judiciário garantir aos indivíduos a sua efetivação, por se tratar de matéria constitucional e principalmente por dizer respeito a direitos fundamentais, assegurando o mínimo existencial.

Portanto, conclui-se que a efetividade dos direitos sociais é um processo necessário e de urgência, e que o Poder Judiciário pode ser um instrumento de grande importância para o alcance da efetividade desses direitos, trazendo maiores avanços.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 3ª ed., São Paulo, Saraiva.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luiz Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BITTAR, Educado Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

CARVALHO FILHO, João Trindade. Teoria geral dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade_teorias_gerais_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 20 de janeiro de 2016.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. Revista de direito constitucional e internacional, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 28-39, jan./mar. 2006.

CLÈVE, Clemerson Mèrlin. Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2008.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS. Juris Way. 2009. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3318>. Acesso em: 20 de janeiro de 2016.

LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Consultor Jurídico. Fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-27/direitos-fundamentais-conceito-direitos-fundamentais-constituicao-federal-1988>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf>. Acesso em: 20 de janeiro de 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Direitos fundamentais – legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e dignidade. Revista de Direito nº 79-2009. 2010. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ae67daf5-7ca9-408c-93b6-b58186a81197.. Acesso em: 20 de janeiro de 2016.

TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia. A efetividade dos direitos fundamentais sociais: uma visão à luz da teoria crítica dos direitos humanos. Revista Tribunal Regional do Trabalho. 3ª Região. Belo Horizonte, 2009. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_79/marco_aurelio_marsiglia_trevi_so.pdf>. Acesso em: 20 de janeiro de 2016.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CASO DE CESARE BATTISTI

Reinaldo Gomes Ferreira*

RESUMO

Trata-se de um caso polêmico onde o Brasil é signatário de um tratado internacional com o governo italiano que exigia a extradição de seu cidadão em território brasileiro. Este artigo faz uma abordagem sobre a interferência dos direitos fundamentais no caso Cesare Battisti, desde a sua prisão no Brasil até o final dos julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal, que culminou com o direito à liberdade do réu.

Palavras-chave: Refúgio político. Extradição. Direitos fundamentais. Cesare Battisti. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This article is an approach to the interference of fundamental rights in the case Cesare Battisti, since his arrest in Brazil by the end of the judgments by the Supreme Court, culminating with the right to freedom of the defendant.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda sobre alguns aspectos sobre o julgamento de Cesare Battisti no Brasil, com enfoque nas implicações dos direitos fundamentais.

Todo o processo deu início com a prisão do réu em território brasileiro com o pedido de refúgio político no Brasil, que inicialmente foi negado pelo Comitê Nacional para os Refugiados e posteriormente con-

* Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

cedido pelo Ministro da Justiça, ratificado pelo Presidente da República. Referida concessão foi novamente anulada pela Corte Suprema Brasileira, entretanto, o Poder Executivo, que possui a decisão final, negou o pedido de extradição ao Governo Italiano.

Alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal e líderes italianos fizeram críticas à decisão do Executivo Federal pela não concessão da extradição por ter contrariado o entendimento da Suprema Corte brasileira.

Cita-se neste artigo algumas manifestações de autores clássicos sobre os direitos fundamentais e a importância da inserção desses direitos tanto na Constituição da República Federativa do Brasil como também em tratados internacionais cujo Brasil é signatário.

Por fim, faz-se algumas considerações sobre o desfecho do caso Cesare Battisti.

2 ASPECTOS GERAIS SOBRE O JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO CESARE BATTISTI

Cidadão italiano Cesare Battisti fugiu para o Brasil em 2004, e em 2007, a pedido da Itália, ele foi preso no Rio de Janeiro. Diante da detenção o seu advogado solicitou ao CONARE¹ refúgio político, com base na legislação vigente. Seu pedido foi negado por este comitê em novembro de 2008.

Entretanto, em janeiro de 2009, o italiano recebeu do Ministro da Justiça à época, Tarso Genro, o *status* de refugiado político, evitando, assim, a extradição para a Itália, com fundamento no art. 1º, inciso I, da Lei n. 9.474/97², levando em consideração o fato de que Cesare Battisti foi julgado e condenado na Itália à revelia e a condenação se deu unicamente com base na delação premiada, por crimes políticos e não comuns.

¹ Comitê Nacional para os Refugiados

² Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados, adotada em 28 de julho de 1951

Segundo o Ministro da Justiça do Brasil o refugiado preenchia o requisito do “fundado temor e perseguição por opinião política, garantidor da concessão de refúgio.” O refúgio tem natureza de direito humanitário e está consagrado na Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, ratificada pelo Brasil, que determina o impedimento da extradição de refugiados.

Contudo, continuavam as discussões pelo fato do réu ter sido condenado na Itália pela prática e quatro homicídios, o que não se caracterizaria como crime político, mas sim crime comum, existindo uma cláusula de exclusão da concessão de refúgio.

Assim sendo, o Presidente da República à época, Luiz Inácio Lula da Silva, ratificou ao governo italiano a decisão do Ministro da Justiça (concessão de refúgio), como um ato de soberania nacional fundamentado no artigo 4º da Constituição da República Federativa do Brasil³ e na Convenção das Nações Unidas de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados.

Os principais fatos que influenciaram na negativa da extradição e a concessão de refugiado, ratificado pelo então Presidente da República, foram:

- A prova emprestada utilizada sem o devido contraditório, encartado nos acórdãos que deram origem à condenação do extraditando na Itália, que é vedada pelo art. 5º, LV e LVI, da CFRB, traduzindo-se, porém, em prova ilícita;
- O Tratado de Extradicação entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, no seu artigo III, 1, “f”, permite a não entrega do cidadão da parte requerente quando “a parte re-

³ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

X - concessão de asilo político.

querida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição.”

Por outro lado, sob a ótica do Supremo Tribunal Federal os fatos que influenciaram a extradição de Cesare Battisti foram:

- *Status* de refugiado. O Ministro Cezar Peluso, relator do feito, em seu voto, considerou ilegal a atribuição de refugiado a Battisti pelo Governo brasileiro, e entendeu que a concessão de refúgio pelo Ministro da Justiça foi ilegal, sob o fundamento de que Battisti não cometeu crimes políticos, e sim crimes comuns, que não estão prescritos. O relator destacou que o Estatuto dos Refugiados e a Lei nº 9.474/97⁴ vedam a concessão do refúgio a quem tenha cometido crime hediondo;
-
- Extradição por crime político: não caracterização; quatro homicídios qualificados cometidos por membro de organização revolucionária clandestina. Prática sob império e normalidade institucional de Estado Democrático de Direito, sem conotação de reação legítima contra atos arbitrários ou tirânicos. Carência de motivação política. Crimes comuns configurados.

O Tratado de Extradição entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana discorre sobre as condições em que se dará a extradição - e também quando esta será recusada, seus limites, os documentos que fundamentam seu pedido, sobre quem vai arcar com as despesas do processo entre outros itens.

⁴ Art. 3º Não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que:
[...]

II - tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas;

Do tratado em análise chama a atenção quanto ao seu art. 5º, que vem reforçar a ideia da proteção dos direitos fundamentais, senão vejamos:

Art. 5º. Direitos Fundamentais. A extradição tampouco será concedida:

b) se houver fundado motivo para supor que a pessoa reclamada será submetida a pena ou tratamento que de qualquer forma configure uma *violação dos seus direitos fundamentais*. (grifo nosso)

O governo brasileiro não passou despercebido da salvaguarda desse relevante dispositivo garantidor de direitos fundamentais.

Por sua vez, a República da Itália contra-argumentou a decisão do Presidente da República em não conceder a extradição dizendo que: “sendo a Itália uma democracia, o extraditado jamais teria seus direitos violados lá, ainda mais seus direitos fundamentais.”

Surgiu assim, um conflito entre os dois institutos do Direito Internacional a serem ponderados: o refúgio e a extradição. Referido impasse fez este julgamento resultar numa demora de quatro anos (2007 a 2011) em que Cesare Battisti foi, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa “um prisioneiro político do Supremo Tribunal Federal.”

É importante ressaltar que a Suprema Corte Brasileira tem competência exclusiva de apreciar o caráter da infração para definir se o fato constitui crime comum ou crime político, porém, não poderia julgar a extradição, diante do que preceitua a Lei nº 9.474/77 - Estatuto dos Refugiados, *in verbis*:

Art. 33. O reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio.

Diante do dispositivo citado, a República da Itália buscando o consentimento da extradição, impetrou Mandado de Segurança⁵. Por sua vez o Supremo Tribunal Federal entendeu que a República Italiana é parte ilegítima para litigar em Mandato de Segurança em que pretendeu anular o ato do Ministro da Justiça. Porém, a Procuradora do Ministério de Justiça demonstrou juridicamente “o absurdo da atitude de um Estado estrangeiro em pretender a anulação do ato do Ministro da Justiça mediante um Mandato de Segurança [...], e também, conforme o procurador Geral da República, “tentam anular uma decisão administrativa e política do Estado brasileiro, invertendo a um só tempo o princípio da soberania nacional e o sistema de proteção dos direitos humanos consagrados no país [...].”

Neste contexto, em 09 de setembro de 2009 a Suprema Corte Brasileira iniciou o julgamento de Cesare Battisti, num ambiente em que “membros do próprio tribunal, o Procurador Geral, o Alto Comissariado das Nações Unidas e o representante do Ministério da Justiça no CONARE reconhecem que a cúpula do Supremo Tribunal Federal e o governo italiano se uniram para iniciar um julgamento sem sentido, gerando um fato de inferência do Judiciário no Executivo absolutamente inválido.”

- 1º Momento do Julgamento (extradição)

O voto do Ministro Cezar Peluso foi no sentido de deferir a extradição de Cesare Battisti para a Itália, sob a condição formal de comutação da pena perpétua por privativa de liberdade por tempo não superior a trinta anos, em consonância com o artigo 5º, inciso XLVII, letra “b” da Constituição Federal.

Os ministros Ellen Grancie, Carlos Ayres Britto, Carlos Levandowski e Gilmar Mendes seguiram o voto do relator: votaram pela extradição com

⁵ MANDADO DE SEGURANÇA Nº 27.875

a condição de que Battisti não seja enviado à prisão perpétua, já que essa pena não está prevista na legislação brasileira. A pena deverá ser de, no máximo, 30 anos.

Por outro lado, os ministros Eros Grau, Carmem Lúcia, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio de Mello votaram contra a extradição de Battisti argumentando que a Corte não poderia julgar o caso de uma pessoa reconhecida como refugiado político.

Considerado que a concessão de refúgio é ato vinculado, e em não sendo observado o fundamento legal respectivo, haverá a possibilidade de exame pelo Poder Judiciário. Em sendo assim, o Supremo Tribunal Federal, por 5 votos a 4 entendeu que o refúgio concedido pelo governo brasileiro a Cesare Battisti foi irregular, deu seguimento ao processo e autorizou a extradição do ex-ativista Battisti para a Itália.

- 2º Momento do Julgamento (Presidente acompanha ou não a decisão do STF)

Decidido pela extradição coube ainda aos Ministros decidirem sobre a possibilidade do Presidente da República não aceitar a decisão da Suprema Corte e decidir pela não extradição já que a decisão final nesses casos é do Presidente da República que tem competência constitucional para manter relações com Estados estrangeiros.

Igualmente por 5 votos a 4, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que quem decide se extradita um estrangeiro preso no Brasil é o Presidente da República. Os Ministros entenderam que a decisão do Judiciário de mandar extraditar não obriga, necessariamente, o Poder Executivo a fazê-lo.

Os atos praticados pelo Presidente na condução das relações internacionais são privativos do Executivo e não podem ser revistos pelo Judiciário.

Desta forma, o Presidente entendeu que, apesar da decisão do da maior instância do Poder Judiciário favorável à extradição, não caberia à extradição de Cesare Battisti para a Itália, pois este seria um militante político e não um criminoso comum. Este detém a soberania do Estado nas relações internacionais (decisão política de soberania).

Ressalta-se ainda, a manifestação de professores constitucionalistas que entregaram ao Presidente da República uma carta contendo um documento assinado pelos advogados Luís Roberto Barroso (UERJ), Nilo Batista (UFRJ), Dalmo Dallari (USP), José Afonso da Silva (USP), Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP) e Paulo Bonavides (UFC) com fundamentos de que a condenação de Cesare Battisti na Itália suscitou por perseguição política, motivo pelo qual, de acordo com o Tratado de Extradicação entre Brasil e Itália, a extradição pode ser negada.

Para o advogado de defesa do réu três elementos foram significativos: soberania nacional; separação dos poderes; proteção dos direitos fundamentais.

- 3º Momento do Julgamento (soltura)

Por 6 votos a 3, o Supremo Tribunal Federal decidiu que Cesare Battisti deveria ser solto.

3 AS IMPLICAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CASO CESARE BATTISTI

Antes de versar sobre os efeitos dos direitos fundamentais, no caso em estudo, é importante abordar sobre alguns de seus aspectos.

Os direitos fundamentais erigidos à qualidade de normas constitucionais, segundo Robert Alexy (2008, p. 520) “posicionam-se no centro

do sistema jurídico.”, o que, obviamente, irradiará seus efeitos em todo o ordenamento jurídico.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 268) os direitos fundamentais “merecem ser aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, obrigando os poderes públicos a tornar os direitos e garantias fundamentais reais e efetivos.” Segundo o autor a efetivação dos direitos fundamentais deve ter aplicabilidade simultânea entre todos os poderes instituídos de forma a torna-los eficaz.

Apreende-se que a manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre a extradição de Battisti, diverge da doutrina citada, pois não foi observada a supremacia dos direitos fundamentais, questão atendida apenas pelo Poder Executivo.

Há que se ressaltar também, que os direitos fundamentais, segundo a linha de entendimento do Supremo Tribunal Federal⁶, não podem ser utilizados como resguardo para a prática de atos ilícitos, pois não se configuram como valores absolutos⁷, possuem limites frente a outros direitos fundamentais.

Sob as citações acima, depreende-se que a decisão pela permanência de Cesare Battisti no Brasil, com base no Tratado de Extradicação, em

⁶ Decisão importantíssima (embora não imune a críticas, até de ordem técnica jurídico-penal) foi a tomada pelo STF no “Caso Ellwanger”, em que Siegfried Ellwanger foi condenado por racismo, pelo fato de ter publicado obra na qual defendia que o holocausto não teria existido. Confira-se trecho da ementa:

⁷ Jurisprudência: STF, Pleno, RMS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000, p. 20: “OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.”.

momento algum afetou ao preceito de soberania do Estado Italiano ou direito fundamental diverso.

O objetivo maior do governo brasileiro foi o de proteger os direitos fundamentais de Cesare Battisti, uma vez que o tratado entre os dois países foi interpretado à luz da Constituição brasileira que em seus artigos 1º e 4º e respectivos incisos preceituam valores concernentes à soberania, dignidade da pessoa humana, prevalência dos direitos humanos, solução pacífica dos conflitos e concessão de asilo político, não prejudicando outro direito fundamental que se possa alegar.

Frente a todas as exposições inicialmente relatadas neste trabalho⁸, ficou manifesto o desrespeito aos direitos fundamentais do extraditando enquanto o processo tramitava no Poder Judiciário.

Dentre os direitos fundamentais afetados destacam-se: o direito de ir e vir de Cesare Battisti sob o aguardo da decisão final do Supremo Tribunal Federal (cerca de mais de três anos). A concessão a concessão do status de refugiado a manutenção da prisão tornou-se sem fundamento; a violação do devido processo legal em seu país de origem, procedimento não aceito no Brasil cujo fundamento encontra-se inserto na Constituição da República Federativa Brasileira, art. 5º, LIV e em Lei infraconstitucional, qual seja, a de nº 6.815/80, art. 77, inciso VIII, e ainda, se o extraditado do Brasil poderia ocorrer à violação à sua dignidade, nos termos do Decreto nº 863, de 9 de Julho de 1993 que regulamentou a Lei 6.815/80⁹.

Importante enaltecer as palavras do advogado à época de Cesare Battisti, Luís Roberto Barroso, que havia alertado quanto às violações dos direitos fundamentais, senão vejamos:

⁸ EXTRADIÇÃO PASSIVA n. 1.085

⁹ Artigo 5º. Direitos Fundamentais.

^A extradição tampouco será concedida:

^a) [...]

^b) se houver fundado motivo para supor que a pessoa reclamada será submetida a pena ou tratamento que de qualquer forma **configure uma violação dos seus direitos fundamentais**

“O senso comum questiona por que o Brasil tem de se indispor com a República Italiana para defender um sujeito que não tem nada a ver com o país. Não querem saber se é um cidadão que teve seus direitos fundamentais desrespeitados. Houve falhas no processo de julgamento, ausência de um processo legal, julgamento à revelia, na Itália, sem chance de defesa, com ausência de provas, acusado por meio de delação premiada por um dos membros da PAC¹⁰; provas frágeis; réu revel e indefeso, com utilização de procurações falsas, advogado que nunca falou com ele, fizeram com que a culpa de todos os homicídios fossem transferidos para ele, dentre outros aspectos.”

A detenção do réu à época abalou a dignidade da pessoa humana, e sobre a dignidade da pessoa humana, GOMES E ALMEIDA (2012, p. 33) entendem que “o sistema constitucional pátrio tem como um dos fundamentos da República a preservação da dignidade da pessoa humana (art. 4º, II, CRFB)”, essência que não foi observada em face da privação da liberdade do réu enquanto o processo aguardava decisão final, o que contribuiu na construção e propagação de sua imagem de “criminoso” (KARAM, 2009, p. 9-10).

E ainda, “O Estado brasileiro adere e ratifica os tratados que envolvem os direitos humanos, bem como dá tratamento especial aos tratados e convenções internacionais que abrangem a matéria...” (GOMES; ALMEIDA, 2012, p. 33).

Diante da doutrina, constata-se que o a resolução final do caso Cesare Battisti obteve a finalidade de assegurar essencialmente os direitos fundamentais e, por consequência, a proteção à dignidade humana.

Reforçando esta ideia Trindade (1991, p. 558) menciona que o “Estado brasileiro, desde a década de 90, vem de forma sistemática ader-

¹⁰ Proletários Armados pelo Comunismo

indo e ratificando os mais importantes tratados relativos a aspectos de proteção dos direitos humanos.”

Isso significa dizer que os tratados acerca dos direitos humanos, merecem a máxima efetividade conforme disciplina o art. 5º, parágrafo 2º, CRFB/88, pois são, segundo Gomes e Almeida (2012, p. 33) “resultado de um processo de construção e reconstrução contínua.”

No entender de Piovesan (2006, p.8) tratam os direitos humanos de “um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social.” Assim, merece ser protegido independente de fronteiras.

Por fim, embora o Estado brasileiro tenha firmado tratados de extradição poderá se negar atender a pedidos, desde que compreenda haver violação aos direitos humanos ou perseguição política (art. 4º, II e art. 5º, XLVII, “a”, CRFB).”

Finalmente na madrugada do dia 9 junho de 2011 Cesare Battisti foi solto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: DOU, 1988.

GOMES, E. B.; ALMEIDA, R. S. de. Extradição e direitos humanos: o caso Cesare Battisti. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 49, n. 195, jul./set., p. 1-39, 2012.

KARAM, Maria Lúcia. A privação da liberdade: o violento, danoso, doloroso e inútil sofrimento da pena – vol. 7. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PIOVESAN, F. Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeus, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

SARLET, Ingo. Eficácia dos direitos fundamentais. 11. ed. rev., atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TRINDADE, A. A. C. A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

EVOLUÇÃO DO REGISTRO DE IMÓVEIS E A SUA RELAÇÃO COM O DIREITO DE PROPRIEDADE

Taís Mirela Sauer

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo geral abordar a evolução do Registro de Imóveis no Brasil e a sua relação com o direito à propriedade imobiliária. Num primeiro momento buscou-se a origem da sua criação, que ocorreu em face da necessidade de se proteger o crédito. Todavia, sem o registro das transmissões da propriedade, a proteção do crédito não teve o resultado esperado. Com o registro das transmissões da propriedade e com o surgimento das Leis 6.015/73, 11.977/09 e 13.105/15 a atividade recebeu novas atribuições. Verificou-se que a atuação dos Offícios de Registro de Imóveis vem se desenvolvendo no sentido de acompanhar evolução do conceito de direito à propriedade e os anseios sociais, incluindo na sua atuação a proteção e a segurança do direito à moradia, a função social da propriedade, do meio ambiente, além de atuar como um auxiliar do Judiciário. Foi utilizado o método dedutivo de abordagem, com análise da legislação e da doutrina.

Palavras-chave: Registro. Imóveis. Evolução. Propriedade.

1 INTRODUÇÃO

O Registro de imóveis, assim como os demais Registros Públicos, tem por finalidade, nos termos das Leis 6.015/73 (art. 1º e 16) e 8.935/94 (art. 1º), garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos cujo registro estão adstritos às suas atribuições. O artigo 172 da Lei 6.015/73 menciona que o oficial de Registro de Imóveis deve praticar atos de registro e de averbações. Entre esses atos se destaca o registro da

transmissão da propriedade imobiliária, elencada no artigo 1.245 do Código Civil vigente, conforme segue “Transfere-se entre vivos a propriedade mediante registro do título translativo no Registro de Imóveis”.

Os responsáveis pela delegação e pelos serviços prestados nesses ofícios são tecnicamente chamados de Oficiais de Registro de Imóveis. Esses profissionais do direito são dotados de fé-pública, conforme dispõe o artigo 3º da Lei 8.935/94, isso quer dizer que os direitos inscrivíveis no Registro de Imóveis gozam de uma presunção relativa de veracidade, em face da fé-pública que os oficiais das serventias possuem na realização dos atos que lhes competem.

Diante da importância desses serviços para a garantia e para a segurança do direito à propriedade surge a necessidade do presente estudo. Assim, o problema da pesquisa consiste no seguinte questionamento: Como ocorreu a evolução dos Registros de Imóveis no Brasil e qual sua relação com o direito fundamental à propriedade.

O objetivo do trabalho é analisar esse desenvolvimento a partir da legislação pátria e, de forma sucinta, a sua ligação com o momento histórico dos diplomas legais em vigor, demonstrando a sua ligação com o direito fundamental à propriedade.

Para isso o trabalho será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo serão estudados os motivos e as leis que deram causa ao surgimento dos Registros de Imóveis. No segundo capítulo serão abordadas as alterações mais relevantes da Lei 6.015/73, nos seus quarenta anos de vigência, em razão de ser esta a principal Lei que regulamenta os serviços, permanecendo em vigor atualmente. No último capítulo serão apresentadas as modificações legislativas das Leis 11.977/09 e 13.105/15 e as suas contribuições para o desenvolvimento do sistema de registro imobiliário e o seu envolvimento com o direito à propriedade.

Para a realização deste trabalho foi utilizado o método dedutivo e o tipo de pesquisa bibliográfica, consistindo na utilização de doutrinas,

artigos de publicações periódicas, dissertações e teses sobre os assuntos abordados.

2 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO ATÉ A LEI 6.015/73

Com o início da colonização do Brasil por Portugal, iniciou-se a distribuição de terras de pelo Rei de Portugal, Dom João III. O País foi dividido em capitanias, também denominadas de governanças, distribuídas a homens de sua confiança, por meio de cartas de doação. Como eram grandes as porções de terras das capitanias elas foram divididas em sesmarias. Pelo sistema de sesmarias deu-se o início à transmissão de terras do domínio público para o domínio particular (CARVALHO, 1998, p.01).

O sistema de sesmarias se estendeu até a proclamação da Independência do Brasil em 1822. Desta data até 1850 houve a ocupação do solo sem o registro de qualquer título, mediante a simples tomada da posse.

Com a vigência da Lei nº 601 de 1850, denominada de Lei de Terras, e seu Regulamento nº 1.318 de 1854 (arts. 91 a 97), toda propriedade recebida por sesmaria ou adquirida pela posse deveria ser levada ao livro da Paróquia Católica, chamado também de Registro do Vigário. Este registro era realizado pelos vigários das freguesias do Império e, nos termos da referida lei, era obrigatório para legalizar a situação de fato das posses.

Segundo Vieira (2010, p.54) a titulação da terra, na época, não era uma prioridade para o Estado e para a sociedade, fato que contribuiu para que a Lei de Terras e o seu regulamento não ajudasse na evolução disciplinar da propriedade imóvel e no seu modo de transmissão.

Para Carvalho (1998, p. 02) esse processo de legitimação modificou o perfil da posse da terra, que até então era de latifúndios das sesmarias, passando para o povoamento de minifúndios pautados na “cultura efetiva e moradia habitual”. Afirmou, ainda, que essa tentativa de legalização não teve sucesso em face da falta de recursos para fazer o levantamento das

áreas da terra, com as suas especificações, que era requisito para o seu registro, mesmo assim representou um pequeno avanço para a titulação da propriedade.

O registro do Vigário não constituía prova de propriedade, não dava direito aos possuidores, tinha mera função estatística. Cirne Lima apud Vieira (2010, p.49) “acreditava que o registro paroquial teve sensível importância como órgão de informação e estatística, remediando a desordem criada pelo regime de posses, que era de total iniciativa dos povoados”.

Oliveira (2010, p. 115) também afirmou que o Registro do Vigário tinha por objetivo “formar o cadastro das terras do império”, diante da necessidade do controle das terras devolutas pelo governo. Assim, o Registro do Vigário, que possuía apenas finalidade cadastral, se diferenciava do Registro de Hipotecas, que visava proteger e fomentar o crédito, conforme veremos a seguir.

A lei Orçamentária n. 317 de 1843, anterior a Lei de Terras, criou o Registro de Hipotecas. O artigo 35 da referida Lei determinava: “Fica creado hum Registro geral de hipotecas, nos lugares e pelo modo que o Governo estabelecer nos seus Regulamentos”. O artigo 35 foi, então, regulamentado pelo Decreto n. 482 de 1846.

A propriedade imóvel, nesse período, era transmitida pela tradição, enquanto o título representava uma relação de direito pessoal, de interesse privado, a tradição expressava uma relação de direito real (CARVALHO, 1998, p.3).

O Registro de Hipotecas também não atendeu as expectativas, pois lhe faltava os requisitos da especialidade (especificação da qualificação do proprietário, da propriedade e os limites dessa) e publicidade. Os problemas gerados pela falta desses requisitos colaboraram para impulsionar a regularização prévia da propriedade e o desenvolvimento do objeto registral. Foi diante da sua ineficiência para garantir o crédito que o

registro de hipotecas serviu para ampliá-lo à transmissão da propriedade e dar origem ao Registro de Imóveis (CARVALHO, p. 3-4).

Em 1864 surgiu a Lei n. 1.237 para tentar solucionar os problemas da Lei Orçamentária nº 317 e seu regulamento. Esta lei criou o “Registro Geral” para a transcrição dos títulos de transmissão por atos “inter vivos” de imóveis suscetíveis de hipoteca e a instituição de ônus reais (art. 7º). A transmissão passou a produzir efeitos perante terceiros com a transcrição e desde sua data (art. 8º), mas não servia de prova de domínio (art. 8º, §4º).

A Lei nº 1.237/1864 também determinou que estes registros fossem atribuições dos Tabeliães, criados ou designados pelo Decreto nº 482/1846 (art. 7, §3º). Ademais, no artigo 1º aboliu as hipotecas que não fossem por ela estabelecidas, determinou o objeto da hipoteca aos bens imóveis elencados no artigo 2º, exigiu a escritura pública como substância da hipoteca convencional (art. 4º, §6º), determinou a prenotação garantindo a prioridade das hipotecas que dependessem de especialização (art. 9, §27) e elencou expressamente os ônus reais (art. 6º) que deveriam ser inscritos.

Segundo Carvalho (1998, p. 5) a Lei nº 1.237 possuía três lacunas. A primeira era de não incluir como necessários o ingresso dos títulos que surgiam das transmissões “causa mortis”. A segunda era de não abarcar os atos judiciais e a terceira se referia a não recepção do registro das hipotecas gerais e ocultas em favor da mulher casada, dos menores e dos interditos. O não ingresso desses títulos no registro não deixava completa a formação da cadeia de titularidade da propriedade, determinada pelo princípio da continuidade dos atos.

Para regulamentar a Lei 1.237/1864 surgiu o decreto hipotecário nº 3.453 de 1865. Foi este Decreto que disciplinou, pela primeira vez, a estrutura e funcionamento das serventias imobiliárias, tornando-se, sem sombra de dúvida, uma referência para as legislações posteriores. Cabe ressaltar, que anteriormente, só havia disposições, que envolviam as atribuições

do registro de hipotecas, conforme o decreto nº 482 de 1846, mas não sobre o registro da transmissão de imóveis.

Resumindo, em seus 336 artigos, o Decreto 3.453/1865 determinou sobre: procedimento de instalação de registros gerais (art. 1º ao 6º); os titulares dos serviços de registro, ou seja, dos oficiais (art. 7º a 12º); livros (art. 13 a 42); ordem de serviço e processo de registro (art. 43 a 79); a publicidade dos registros (art. 80 a 89); os emolumentos devidos ao Oficial (art. 90 a 97); as responsabilidades dos Oficiais (art. 98 a 101); o cancelamento do registro (art. 102 a 109); as hipotecas (arts.110 a 225); as transmissões (arts. 256 a 281); e as ações hipotecárias (arts. 282 a 315).

Após a promulgação da República, em 15 de novembro de 1889, a primeira norma referente à transmissão de bens e constituição de ônus reais foi o decreto nº 169-A de 19 de janeiro de 1890 que tratou sobre a matéria até o advento do Código Civil. O decreto nº 169-A de 1890 ainda consagrou em seus artigos 4º, §1º e 5º o princípio da especialidade para todas as hipotecas, ao exigir sua determinação individual, excluindo as previsões das hipotecas gerais (VIEIRA, p. 79).

Nessa época a situação demandava uma atenção especial ao direito real de garantia, pois o crédito era importantíssimo para o desenvolvimento da agricultura, assegurando o pagamento de empréstimos realizados pelos latifundiários (VIEIRA, 2009, p.14).

A exigência de se definir o bem imóvel no ato de transcrição só surgiu alguns meses mais tarde com o decreto nº 370 de 2 de maio de 1890, que regulava a execução da norma nº 169-A do mesmo ano. O decreto nº 370 também dispunha sobre os Registros Gerais, determinando sua inauguração em novas comarcas (ar. 1º), sobre os oficiais do Registro (art.6º ao 10º), enumerava os Livros exigidos, separando o livro 3 para transcrever a transmissão dos imóveis (art. 25), definia a ordem do serviço e o processo do registro (art. 40 a 76), previa a publicidade do registro (art. 77 a 86), os emolumentos, a responsabilidade do oficial (art. 95 a 98) e as possibi-

lidades de cancelamento do registro (art. 99 a 106), separava um título à transcrição, entre outros dispositivos.

Todavia, o quadro de insegurança jurídica persistiu até mesmo no que era relativo ao crédito. Em 1890 foram promulgados dois decretos, o nº 451-B de 31 de maio e o decreto nº 955-A de 5 de novembro, que estabeleciam o registro e a transmissão de imóveis pelo sistema Torrens. O intuito não era só tornar pública a situação jurídica do imóvel, mas também possibilitar a mobilização do solo, por meio da transferência rápida e simples de seu título (VIEIRA, 2010, p.79- 80).

O sistema Torrens garantia presunção absoluta de propriedade, indenizando o prejudicado caso houvesse erro. Apesar de facilitar a mobilização do título, foi pouco utilizado na prática, no Brasil, tanto pela desconfiança e medo de fraudes, quanto pelo fato de não exigir escritura pública (VIEIRA, 2010, p. 81-87).

Mesmo tendo sido pouco adotado, em face da sua aplicação facultativa, o sistema Torrens influenciou o sistema comum implantado pela Lei 6.015/73, com a adoção da matrícula. Vieira (2010, p. 93) abordando esse assunto conclui que “apesar de parecer um modelo registrário isolado no ordenamento brasileiro, o regime Torrens teve enorme influência na estruturação do modo de transmitir a propriedade imóvel pelo registro do título, principalmente no que se refere às seguranças que devem envolvê-lo”.

Com a vigência do Código Civil de 1916, em 1º de janeiro de 1917, o Registro Geral teve a sua nomenclatura alterada para Registro de Imóveis, foram sanados alguns problemas, permanecendo a necessidade de registro para transferência de domínio, acrescentando à transcrição uma presunção de domínio em favor de seu titular (artigo 859 do CC/16). Em outras palavras, aquele que tivesse a sua propriedade transcrita no Registro de Imóveis não precisava prová-la como anteriormente, o ônus de demonstrar que ele não era o titular do direito era da parte que o contestava (CARVALHO, 1998, p.6). Essa presunção relativa prevalece na atualidade.

Para Araújo (2012, p. 452) a codificação Civil de 1916 foi liberal-progressista, restou prisioneira dos interesses, da tradição, da aristocracia rural, da classe poderosa dos fazendeiros. O individualismo jurídico, que regia o pensamento dominante, não permitiu a assimilação de nenhum avanço na legislação social, prevalecia a liberdade contratual. Desta forma, a propriedade era um direito de defesa dos indivíduos em face do Estado.

Com as mudanças políticas e sociais que vinham ocorrendo no mundo e no Brasil essa mentalidade foi se alterando. O novo contexto desejava a conciliação entre os interesses coletivos e a dignidade humana. Para Orlando Gomes apud Vieira (2010, p.168) “o novo direito privado deveria proteger a personalidade humana nas relações pessoais e a coletividade nas relações patrimoniais”. Nesse sentido iniciou-se o estudo dos anteprojetos de lei para reformar o Código Civil, que só foi alterado quase um século depois pela Lei 10.406 de 2002.

Contudo, antes disso, as disposições contidas no Código Civil de 1916, referente aos Registros de Imóveis e ao direito de propriedade, foram no decorrer dos anos sofrendo alterações e confirmações por meio de decretos e leis específicas.

O Decreto nº 4.827 de 1924 reorganizou os registros públicos previstos no Código Civil, acrescentou-lhe a figura da inscrição preventiva, de índole premonitória, que serve para “informar terceiros da pendência de obrigações ou riscos sobre os imóveis, cuja aquisição não se poderá fazer, a menos que o adquirente queira correr o risco da anulação do ato e ter contra si a prova pré-constituída da fraude” (CARVALHO, 1998, p. 6).

O Decreto nº 18.542 de 1928 que regulamentou o Decreto nº 4.827/24, da autoria de Filadelfo Azevedo, introduziu um dos mais importantes princípios ao Registro de Imóveis, que posteriormente também foi incorporado aos Registros Públicos, o da continuidade. Esse princípio exige, até os dias de hoje, o registro do título anterior para a transcrição ou inscrição de um novo, permitindo assim a cadeia completa de titula-

ridades. Essa inovação saneou surpreendentemente a propriedade imobiliária (CARVALHO, 1998, p.7).

Em seguida surgiu o Decreto-lei nº 58 de 1937, denominado a lei do loteamento, que segundo Carvalho (1998, p.7) também teve sua importância para o Registro de Imóveis, além da sua importância econômica e social. Esse decreto introduziu o ingresso no fólio real da promessa de venda imobiliária, ou seja, de um direito pessoal, que pelo decreto foi elevado ao status de direito real, contribuindo para agilizar a legalização do ingresso de vários títulos imobiliários e da cadeia imobiliária. Admitiu, ainda, que tais promessas pudessem ser realizadas por instrumentos particulares.

Em 1939 adveio o Decreto 4.857 que distinguiu a utilização dos termos transcrição e inscrição, mencionando que a transcrição se destinava aos atos de transmissão da propriedade e a inscrição aos atos constitutivos de ônus reais. Ademais não trouxe inovações referentes à transmissão da propriedade pelo registro do título (CARVALHO, 1998, p.8).

Em 1969 surgiu do projeto de Afrânio de Carvalho, sobre a reorganização dos Registros de Imóveis, propondo a implantação de um cadastro imobiliário que aperfeiçoasse o modo de aquisição de propriedade imobiliária pela transcrição do título para dar segurança da propriedade e do comércio. Esse projeto apresentava modificações significativas, constituindo um avanço ao sistema imobiliário brasileiro. Entretanto, sem muitas justificativas, o projeto não foi acolhido pela nossa legislação pátria (VIEIRA, 2010, p. 178-180).

Em 1969 foi decretado sob a forma de lei o Decreto nº 1.000, que segundo Afrânio de Carvalho (1998, p.9-10) burocratizava demasiadamente o Registro de Imóveis, exigindo inclusive, que os títulos apresentados para registros viessem acompanhados de requerimento escrito, ato que anteriormente podia ser feito verbalmente só com a apresentação do título.

Diante das falhas e imperfeições e da prorrogação da sua vigência por várias vezes, esse Decreto-lei não chegou a entrar em vigor e foi suce-

dido pela Lei 6.015/76, que, em face da sua relevância, será abordada no capítulo seguinte.

2 QUARENTA ANOS DE VIGÊNCIA DA LEI 6015/73

Neste capítulo analisaremos exclusivamente a evolução da Lei 6.015/73 por ser esta, hodiernamente, juntamente com os Códigos de Normas publicados pelos Tribunais dos Estados, o principal diploma legal que regulamenta a atividade realizada nos Ofícios de Registro de Imóveis no Brasil. Além disso, foi um marco para o desenvolvimento do sistema de registro imobiliário e nos auxiliará na compreensão do mesmo.

Com a vigência da Lei 6.015/73, em 01 de janeiro de 1976, a função registral ganhou uma legislação especial autônoma, que até esse momento tinha suporte apenas no Direito Civil e em algumas leis especiais.

A Lei 6.015/73 além de regular os atos realizados no Ofício de Registro de Imóveis também regulamentou os atos realizados nos Ofícios de Registro Civil das Pessoas Naturais, no Registro de Títulos e Documentos e no Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Contudo, nos limitaremos a abordar somente as alterações mais importantes elencadas nos dispositivos do título V, artigos 167 a 288-G, relacionados exclusivamente ao Registro de Imóveis.

Essa Lei sofreu inúmeras alterações nos seus quarenta anos de vigência, antes mesmo de entrar em vigor foi alterada em 30 de junho 1975, pela Lei 6.216/75. Tais mudanças ocorreram em face das inúmeras críticas que foram feitas a sua primeira publicação.

De acordo com Carvalho (1998, p.12-13) a lei, procurando abarcar todo conteúdo relacionado ao sistema imobiliário, trouxe algumas inovações e “serviu para a transição de uma estrutura do sistema francês,

para uma estrutura definitiva pautada no sistema alemão¹”, que deveria ser adaptado às necessidades, baseada na experiência das serventias extrajudiciais brasileiras.

A grande inovação, trazida pela referida Lei, foi a instituição da matrícula nos termos do artigo 228 “A matrícula será efetuada por ocasião do primeiro registro a ser lançado na vigência desta Lei, mediante os elementos constantes do título apresentado e da certidão atualizada daquele registro, a qual ficará arquivada em cartório”. Esse dispositivo não sofreu alterações nesses quarenta anos de vigência.

Gandolfo (1994, p.785) conceitua a matrícula da seguinte forma: “É um ato de registro, no sentido lato, que dá origem à individualidade do imóvel na sistemática registral brasileira, possuindo um atributo dominial derivado da transcrição da qual se originou”.

Em outras palavras, a matrícula é o primeiro ato a ser praticado no Livro 2, onde se descreve corretamente o imóvel com suas características físicas e os demais requisitos previstos no artigo 176², inciso II, da Lei

¹ CARVALHO (1998, p. 15-16) menciona três sistemas de registro que estão fundamentados de acordo com a sua publicidade e com a sua eficácia. Essa eficácia varia de acordo com o grau que lhe é atribuído na legislação. O primeiro sistema, denominado de sistema francês, consensual ou privatista, “atribui à publicidade o efeito de aviso a terceiros de atos que se perfazem pelo só acordo de vontades e que, portanto, não dependem dela para ganhar existência. O título é decisivo entre as partes nesse sistema, mas não passa delas, sendo necessário a publicidade para chegar eficazmente a terceiros”. “O Segundo, chamado de alemão ou publicista, confere à publicidade o efeito de constituir o direito que, antes dela, não se perfaz entre as partes, ainda que, em torno dela, haja acordo de vontades. O modo de adquirir exige uma solenidade ou legitimação da autoridade pública e a sua característica na constitutividade.” “O terceiro, atribuído como sistema eclético, aplicado no Brasil, combina o título com o modo de adquirir, de acordo com a doutrina romana, substitui a tradição pela publicidade registral, à qual concede o duplo efeito de constituir o direito real e de anunciá-lo a terceiros. Antes da publicidade, o ato cria obrigações entre as partes, mas, uma vez efetuada, perfaz a mutação jurídico-real, investindo a propriedade ou direito real na pessoa do adquirente e, ao mesmo tempo, tornando o direito oponível a terceiros. Antes da publicidade, o ato cria obrigações entre as partes, mas, uma vez efetuada, perfaz a mutação jurídico-real, investindo a propriedade ou direito real na pessoa do adquirente, ao mesmo tempo, tornando o direito oponível a terceiros. Essa dupla eficácia é a do Direito Brasileiro desde a Lei Imperial de 1864.” (p.15-16)

² Art. 176 - O Livro nº 2 - Registro Geral - será destinado, à matrícula dos imóveis e ao registro ou averbação dos atos relacionados no art. 167 e não atribuídos ao Livro nº 3. § 1º A escrituração do Livro nº 2 obedecerá às seguintes normas: I - cada imóvel terá matrícula própria, que será aberta por ocasião do primeiro registro a ser feito na vigência desta Lei; II - são requisitos da matrícula: 1) o número de ordem, que seguirá ao infinito; 2) a data; 3) a identificação do imóvel, que será feita com indicação: a - se rural, do código do imóvel, dos dados constantes do CCIR, da denominação e de suas características, confrontações, localização e área; b - se urbano, de suas características e confrontações, localização,

6.015/73. Assim, com a vigência da Lei 6.015/73 não havia mais a necessidade de se descrever o imóvel sempre que houvesse o registro da transmissão da propriedade, como se fazia anteriormente no livro das transcrições. Após a abertura da matrícula são lançados os registros e as averbações posteriores que de qualquer forma alteram os dados já lançados.

Para Vieira (2010, p. 184-185) a matrícula facilita a obtenção de informações sobre o imóvel, uma vez que concentra todos os dados sobre ele, ampliando a estabilidade jurídica e se aproximando do sistema cadastral, indispensável para a segurança do direito de propriedade.

A lei 6.015/73, ainda, elencou no artigo 216, pela primeira vez, a possibilidade de retificar ou anular o registro decorrente de ato nulo, anulável ou decorrente de fraude à execução. Esse artigo não ressalvou os direitos de terceiros de boa-fé, priorizando o direito de propriedade em face da segurança do comércio, diferenciando nosso sistema de registro do sistema alemão (VIEIRA, 2010, p. 185, 195).

O artigo 167, inciso I, substituiu os termos “transcrição e inscrição” pela palavra registro. Incluiu o artigo 172, que não possuía redação anterior, ainda vigente atualmente, que em face da sua relevância transcrevemos a seguir

Art. 172. No Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta Lei, o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei, “inter vivos” ou “mortis causa” quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade.

área, logradouro, número e de sua designação cadastral, se houver. 4) o nome, domicílio e nacionalidade do proprietário, bem como: a) tratando-se de pessoa física, o estado civil, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda ou do Registro Geral da cédula de identidade, ou à falta deste, sua filiação; b) tratando-se de pessoa jurídica, a sede social e o número de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda; 5) o número do registro anterior;

Ademais, no artigo 173 diminuiu o número de livros, que de oito passou para cinco (livro nº 01 – Protocolo; livro nº 02 - Registro Geral; livro nº 03 - Registro Auxiliar; livro nº 04 - Indicador Real; livro nº 05 - Indicador Pessoal), concentrando as informações e aumentando a segurança, o que predomina até os dias de hoje.

A utilização desses livros passou a ser realizada pelo sistema mecanizado, substituindo o sistema manuscrito. De acordo com Paiva (1984, p.01) a escrituração manuscrita era uma perda de recursos desnecessários, que resultavam na morosidade dos serviços.

A nova lei determinou expressamente o prazo de 30 dias para realização do registro, de acordo com o artigo 188³. Anteriormente não havia prazo para conclusão do ato, existia apenas o prazo de cinco dias para o exame do título apresentado para registro (art. 215, § 1º, Decreto nº 4.857 de 1939). O prazo de trinta dias para a conclusão do registro ainda persiste na legislação, para a maioria dos atos, contudo não se justifica mais frente à evolução tecnológica e à necessidade de agilidade na efetivação dos negócios.

Até aqui apresentamos a regulamentação da Lei 6.015/73 com seu conteúdo incluído no início da sua vigência. A seguir veremos as suas principais atualizações no decorrer dos quarenta anos de aplicação.

Em 10 de julho de 2001 foi decretada e sancionada a lei 10.257/01, mais conhecida como o Estatuto da Cidade, com o objetivo de regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988. Essa Lei, nos artigos 56⁴ e 57⁵, atribuiu novos itens ao dispositivo 167 da Lei 6.015/73. Entre

³ Artigo 188. “Protocolizado o título, proceder-se-á ao registro, dentro do prazo de 30 (trinta dias), salvo nos casos previstos nos artigos seguintes”. Esse prazo permanece na atualidade.

⁴ Art. 56. O art.167, I, da Lei 6.015/73, passa a vigorar acrescido dos seguintes itens 37, 38 e 39: Art. 167. No registro de imóveis, além da matrícula serão feitos. Inciso I - o registro: 37) os termos administrativos ou as sentenças declaratórias da concessão de uso especial para fins de moradia, independente da regularidade do parcelamento do solo ou da edificação; 38) (vetado); 39) da constituição do direito de superfície de imóvel urbano

⁵ Art. 57. O art.167, I, da Lei 6.015/73, passa a vigorar acrescido dos seguintes itens 18, 19 e 20: Art. 167. No registro de imóveis, além da matrícula serão feitos Inciso II - a averbação: (...) 18) da notificação

eles destacamos o item 37, do inciso I, que introduziu, pela primeira vez, o registro do título que concede o direito de uso especial para fins de moradia. Até então esse direito não possuía ingresso no registro de imóveis.

A Medida Provisória 2.220 de 04.09.2001, posterior ao Estatuto da Cidade, alterou a redação do item 37, do inciso I, do artigo 167 da Lei 6.015/73, excluindo a parte final “independente da regularidade do parcelamento do solo ou da edificação”. Assim, o item 37 passou a ter a seguinte redação: “os termos administrativos ou as sentenças declaratórias da concessão de uso especial para fins de moradia”. Essa Medida Provisória incluiu, ainda, no rol dos atos que devem ser registrados, artigo 167, inciso I, mais dois atos: no item 28, “as sentenças declaratórias de usucapião” e no item 40, “o contrato de concessão do direito real de uso de imóvel público”.

Em 2006 a Lei 11.284, que dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável, incluiu como atos de averbação na Lei 6.105/73, Art. 167, inciso II – item 22, da reserva legal, e o item 23, da servidão ambiental. No entanto, o oficial de registro de imóveis já estava vinculado ao dever de proteger o meio ambiente, com fundamento no artigo 5º, inciso XXIII, bem como no artigo 186⁶, ambos da Constituição Federal.

Assim, em virtude da relativização do conceito de propriedade, pelo princípio constitucional da função social da propriedade, os atos praticados pelos Registradores de Imóveis também contribuem para a proteção do meio ambiente (NALINI, 2010, p. 92).

Posteriormente a Lei 11.977/09 regulamentou o procedimento da regularização fundiária e nesse mesmo diploma incluiu o registro do título

para parcelamento, edificação ou utilização compulsórios de imóvel urbano; 19) da extinção da concessão de uso especial para fins de moradia; 20) da extinção do direito de superfície do imóvel urbano.

⁶ Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.

de legitimação de posse, no artigo 167 inciso I da Lei 6.015/73, e no inciso II, a averbação do auto de demarcação urbanística.

Com o surgimento da Lei 12.424/11, que atualizou a Lei 11.977/09, foi incluído mais um capítulo na Lei 6.015/73 que trata especificamente do Registro da Regularização Fundiária Urbana. Esse capítulo incluiu mais sete artigos (art. 288-A a 288-G) que contém vários incisos e parágrafos regulamentando o envolvimento do Oficial de Registro de Imóveis no procedimento da regularização fundiária, conforme veremos no próximo capítulo.

A atualização mais recente da Lei 6.015/73 foi realizada pela Medida Provisória nº 700, que entrou em vigor na mesma data da sua publicação, em 08 de dezembro de 2015. A referida Medida Provisória tem por objetivo estimular o investimento privado em infraestrutura no país a partir da desburocratização da legislação referente desapropriação por utilidade pública e, entre outros motivos, disciplinar os casos de remoção de morador vulnerável ou de baixa renda de assentamentos sujeitos a regularização fundiária de interesse social, visando reconhecer seus direitos e garantir medidas compensatórias para assegurar o restabelecimento da família em sua nova moradia⁷.

⁷ Disponível em <<http://WWW25.senado.leg.br/web/atividade/materiais/-/matéria/124368>> Acesso em: 28 de janeiro de 2016.

Essa medida provisória incluiu na Lei 6.015/73 o artigo 176-A⁸, que se refere à abertura da matrícula de imóvel adquirido pelas formas determinadas no artigo 176-B⁹.

Alterou o caput do artigo 195-B¹⁰ e o seu parágrafo 2º, que se refere à abertura de matrícula de imóveis públicos. Além disso, incluiu no artigo 221¹¹ o inciso VI e o parágrafo terceiro, alterando também, o inciso III e o parágrafo 3º do artigo 235¹².

⁸ Art. 176-A. O registro de aquisição originária ensejará a abertura de matrícula relativa ao imóvel adquirido se não houver ou quando:

I - atingir parte de imóvel objeto de registro anterior; ou

II - atingir, total ou parcialmente, mais de um imóvel objeto de registro anterior.

§ 1º A matrícula será aberta com base em planta e memorial descritivo do imóvel utilizados na instrução do procedimento administrativo ou judicial que ensejou a aquisição.

§ 2º As matrículas atingidas deverão, conforme o caso, ser encerradas ou receber averbação dos respectivos desfalques, dispensada, para este fim, a retificação do memorial descritivo da área remanescente.

§ 3º Eventuais divergências entre a descrição do imóvel constante do registro e aquela apresentada pelo requerente não obstarão o registro.

§ 4º Se a área adquirida em caráter originário for maior do que a constante do registro existente, a informação sobre a diferença apurada será averbada na matrícula aberta.” (NR)

⁹ Art. 176-B. O disposto no art. 176-A aplica-se, sem prejuízo de outros, ao registro:

I - de ato de imissão provisória na posse, em procedimento de desapropriação;

II - de carta de adjudicação em procedimento judicial de desapropriação;

III - de escritura pública, termo ou contrato administrativo em procedimento extrajudicial de desapropriação; IV - de aquisição de área por usucapião ou por concessão de uso especial para fins de moradia; e

V - de sentença judicial de aquisição de imóvel em procedimento expropriatório de que tratam os § 4º e § 5º do art. 1.228 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.”

¹⁰ Art. 195-B. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão solicitar ao registro de imóveis competente a abertura de matrícula de parte ou da totalidade de imóveis urbanos sem registro anterior, cujo domínio lhe tenha sido assegurado pela legislação, por meio de requerimento acompanhado dos documentos previstos nos incisos I, II e III do caput do art. 195.

§ 2º Sem prejuízo da possibilidade de requerer a abertura de matrícula para seus bens, nos termos do caput, o

Município poderá, em acordo com o Estado, requerer, em nome deste, a abertura de matrícula de imóveis urbanos estaduais situados nos limites do respectivo território municipal no registro de imóveis competente.”

¹¹ Art. 221. VI - contratos ou termos administrativos, assinados com os legitimados a que se refere o art. 3º do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, no âmbito das desapropriações extrajudiciais. § 3º Os contratos e termos administrativos mencionados no inciso VI deverão ser submetidos à qualificação registral pelo Oficial de

Registro de Imóveis, previamente ao pagamento do valor devido ao expropriado.

¹² Art. 235. III - dois ou mais imóveis contíguos objeto de imissão provisória registrada em nome da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios ou de suas entidades delegadas ou contratadas e sua respectiva cessão e promessa de cessão.(...) § 3º Na hipótese de que trata o inciso III, a unificação poderá abranger matrículas ou transcrições relativas a imóveis contíguos àqueles que tenham sido objeto da imissão provisória na posse.

Por fim, o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, com início da sua vigência marcada para 16 de março de 2016, vai incorporar à Lei 6.015/73 o artigo 216-A, que dispõe sobre o usucapião extrajudicial e a sua aplicação. Conforme veremos no capítulo a seguir esse novo artigo reforça a ideia da atuação do Registro de Imóveis como um auxiliar do judiciário, bem como protetor do direito fundamental à propriedade, com grande expectativa de se tornar mais passo para o desenvolvimento do sistema de registro imobiliário brasileiro.

4 PRINCIPAIS MUDANÇAS DO PERÍODO CONTEMPORÂNEO LEI 11.977/09 E LEI 13.105/15

Para Vieira (2010, p. 164), entre 1930 e 2004, as principais e mais completas mudanças legislativas ocorridas acerca da transmissão da propriedade imóvel pela transferência do título foram a Lei 6.015/73 e a Lei 10.406/02 (Novo Código Civil). Assim, antes de adentrarmos no estudo da Lei 11.977/09 e 13.105/15, faremos uma abordagem de algumas alterações introduzidas no Código Civil, pertinentes ao estudo, uma vez que a Lei 6.015/73 já foi estudada no capítulo anterior.

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova maneira de disciplinar o direito de propriedade, determinando em seu artigo 5º, inciso XXIII, que a propriedade deve atender sua função social, afastando o caráter absoluto e individualista contido no Código Civil de 1916.

Diante dessa alteração constitucional e das modificações da sociedade brasileira, agora menos individualista e mais preocupada com a coletividade, foi construída a nova postura do Código Civil de 2002 e da transmissão da propriedade imóvel pelo registro do título, bem como das seguranças que ela veio atender (VIEIRA, 2010, p. 172).

O Novo Código Civil não apresentou uma secção especial para o Registro de Imóveis como fazia o anterior, pois estes passaram a ser disciplinados pela Lei 6.015/73. Todavia repetiu matérias essencialmente registrais já elencadas na referida Lei reforçando a importância dos atos praticados nos Registros de Imóveis (arts. 182, 183, 186, 205, 212 a 214 e 216).

Melo (p.10-11) afirma que com o advento do Código Civil e as alterações da Lei 6.015/73 o Registro de Imóveis passou a ter a função essencial para o direito brasileiro, pois a maioria das relações patrimoniais passou a ser controladas formalmente por ele, garantindo a segurança jurídica, a confiabilidade do sistema e a ampla publicidade dos seus atos.

O Código Civil de 2002 não incluiu a presunção absoluta do domínio pelo registro do título no registro de imóveis. Porém, com o objetivo de proteger aquele que adquiriu o bem imóvel a título oneroso e de boa-fé, confiando nas informações contidas no livro registral, introduziu o artigo 1.242, parágrafo único¹³, possibilitando, ao adquirente que preenche os requisitos do referido artigo, o domínio do imóvel.

O conteúdo desse artigo foi reiterado em 2004 com a Lei 10.931, que incluiu na Lei 6.015/73 o artigo 214, parágrafo § 5º, prescrevendo que “A nulidade não será decretada se atingir terceiros de boa-fé que já tiver preenchido as condições do usucapião”. Desta forma, o adquirente de boa-fé, que preenche os requisitos do usucapião, tem o domínio sobre o imóvel de forma absoluta, ressalvadas apenas algumas situações excepcionais (imóvel público, prescrição de incapacidade).

De acordo com Vieira (2010, p.212) a coexistência da segurança do crédito, do direito de propriedade e do comércio foi alcançada de forma

¹³ Artigo 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, continua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos. Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele estiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social econômico”

inovadora por meio do usucapião, que em momentos diferentes prioriza uma e outra segurança.

No entanto, em face da evolução dos direitos sociais, em especial o direito à moradia, associados ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao princípio da função social da propriedade, surgiu a Lei 11.977/09 visando regularizar a propriedade fundiária urbana. Essa Lei foi alterada pela Lei 12.424/11, que por sua vez criou mais um capítulo na Lei 6.015/73, dispondo especificamente sobre o Registro da Regularização Fundiária Urbana. Esse capítulo incluiu mais sete artigos (art. 288-A¹⁴ a 288-G) contendo vários incisos e parágrafos que determinam a atuação do Oficial Registrador nesse procedimento.

O direito à moradia pode ser identificado diretamente no texto constitucional e na legislação que a regulamentou, principalmente no Estatuto da Cidade. Contudo, foi a Lei 11.977/2009 que trouxe elementos importantíssimos para a sua consagração no Capítulo III, que trata da Regularização Fundiária como instrumento do direito social à moradia. (MELO, 2010, p. 18)

A regularização fundiária urbana da lei 11.977/09 visa à regularização jurídica da propriedade imobiliária informal, por meio de um processo de intervenção pública, de natureza administrativa. O artigo 46 nos traz o conceito

a regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno

¹⁴ Art. 288-A. O registro da regularização fundiária urbana de que trata a Lei no 11.977, de 7 de julho de 2009, deverá ser requerido diretamente ao Oficial do registro de imóveis e será efetivado independentemente de manifestação judicial, importando: I - na abertura de matrícula para a área objeto de regularização, se não houver; II - no registro do parcelamento decorrente do projeto de regularização fundiária; III - na abertura de matrícula para cada uma das parcelas resultantes do parcelamento decorrente do projeto de regularização fundiária.

desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Augusto (2013, p.421) complementa esse conceito aduzindo que a Lei 11.977/09 é o instituto jurídico mais completo sobre a regularização fundiária, pois, além de englobar conceitos específicos, diretrizes e princípios perfeitamente coordenados com o Estatuto da Cidade, criou regras específicas sobre o procedimento e novos instrumentos jurídicos que resolvem a questão da urbanização informal no nosso País.

Na mesma linha de raciocínio Oliveira; Nunez (2014, p.85) menciona que a regularização fundiária urbana da Lei 11.977/09 é um processo mais abrangente do que os previstos nos instrumentos jurídicos anteriores, pois articula as questões jurídicas com as sociais, focando “tanto no trabalho jurídico, quanto no urbanístico, no físico e no social, de forma a adequar o processo às demandas da comunidade em que se dá”.

A regularização fundiária urbana envolve quatro modalidades, segundo Paiva (2013, p.09): 1) regularização fundiária de interesse social, elencada na Lei 11.977/2009, artigos 53 a 60; 2) regularização fundiária de interesse específico especificada nos artigos 61 a 62, da Lei 11.977/2009; 3) regularização fundiária inominada, artigo 71, também da lei nº 11.977/09; e por fim 4) regularização fundiária de imóveis da União, que observa o procedimento elencado no artigo 18-A a 18-F do Decreto-lei nº 9.760/46, (alterado pela Lei 11.481/2007).

Para entender um pouco mais sobre a regularização fundiária urbana vamos abordar alguns aspectos da modalidade de regularização fundiária urbana de interesse social, uma vez que essa possui maior abrangência e aplicação.

Considera-se regularização fundiária de interesse social conforme determinado no artigo 47, inciso VII, da Lei nº 11.977/09, os assentamentos irregulares ocupados, predominantemente, por população de baixa renda, que atendam os seguintes requisitos: 1) que a área esteja ocupada de

forma mansa e pacífica há pelo menos, cinco anos; 2) imóveis situados em ZEIS; ou 3) de áreas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios declaradas de interesse para implantação de projetos de regularização fundiária de interesse social.

A regularização fundiária urbana além dos objetivos previstos no artigo 46, acima mencionado, deverá respeitar as diretrizes gerais estabelecidas no Estatuto da Cidade e observar os seguintes princípios elencados no artigo 48: 1) facilitação do acesso ao lote urbanizado pela população de baixa renda, priorizando sua permanência na área ocupada, garantindo o nível adequado de habitabilidade e a melhoria das condições de sustentabilidade urbanística, social e ambiental; 2) conexão com as políticas setoriais de habitação, de meio ambiente, de saneamento básico e de mobilidade urbana, nos diferentes níveis de governo e com as iniciativas públicas e privadas, voltadas à integração social e à geração de emprego e renda; 3) os interessados devem participar em todas as etapas do processo de regularização; 4) incentivo à resolução extrajudicial de conflitos; e 5) outorga do título preferencialmente para a mulher.

O procedimento da regularização fundiária de interesse social, de acordo com Augusto (2013, p.423) envolve três etapas. A primeira denominada de fase preliminar visa à elaboração do projeto de regularização fundiária, a cargo do(s) interessado(s) e do poder público. A segunda fase abrange a regularização do parcelamento do solo, mediante um procedimento completo e ordenado, presidido pelo registrador imobiliário. A terceira fase compreende o registro¹⁵, em favor dos beneficiários, efetuados

¹⁵ Lei 11.977/09. Art. 59. A legitimação de posse devidamente registrada constitui direito em favor do detentor da posse direta para fins de moradia. § 10 A legitimação de posse será concedida aos moradores cadastrados pelo poder público, desde que: I - não sejam concessionários, foreiros ou proprietários de outro imóvel urbano ou rural;II - não sejam beneficiários de legitimação de posse concedida anteriormente.

§ 20 A legitimação de posse também será concedida ao coproprietário da gleba, titular de cotas ou frações ideais, devidamente cadastrado pelo poder público, desde que exerça seu direito de propriedade em um lote individualizado e identificado no parcelamento registrado.

Art. 60. Sem prejuízo dos direitos decorrentes da posse exercida anteriormente, o detentor do título de legitimação de posse, após 5 (cinco) anos de seu registro, poderá requerer ao oficial de registro de

na matrícula específica da unidade habitacional, após a comprovação do direito (posse, uso especial para fins de moradia ou domínio) e requerimento do interessado.

Tanto na segunda como na terceira fase a atuação do oficial de registro de imóveis se destaca. Todavia não temos como abordar neste trabalho a sua atuação específica, pois além de ser muito técnica e complexa, foge do tema proposto.

De acordo com o Oficial de Registro de Imóvel MELLO (2013, p. 140-141)

a Lei 11.977/2009 representa um grande marco histórico na conquista dos direitos do cidadão, revolucionando o sistema das regularizações fundiárias, cabendo a nós, operadores do direito, dar à Lei 11.977/2009 o melhor tratamento, segundo seu espírito social e desburocratizante, não perdendo de vista a segurança do registro, de modo a tornar efetivas as suas normas. O sistema de regularizações fundiárias no Brasil em matéria de loteamentos urbanos evoluiu da usucapião individual para a consolidação dos assentamentos informais, marginalizados pela lei de outrora que resistia em acompanhar as enormes transformações sociais, econômicas e políticas ocorridas no país, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a EC 26/2000, inserindo no rol dos direitos sociais o direito fundamental à moradia sobre o qual haverá de recair o direito de propriedade conforme a sua função social.

imóveis a conversão desse título em registro de propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do art. 183 da Constituição Federal. § 10 Para requerer a conversão prevista no caput, o adquirente deverá apresentar:

I – certidões do cartório distribuidor demonstrando a inexistência de ações em andamento que versem sobre a

posse ou a propriedade do imóvel; II – declaração de que não possui outro imóvel urbano ou rural; III – declaração de que o imóvel é utilizado para sua moradia ou de sua família; e IV – declaração de que não teve reconhecido anteriormente o direito à usucapião de imóveis em áreas urbanas.

§ 20 As certidões previstas no inciso I do § 10 serão relativas à totalidade da área e serão fornecidas pelo poder público. § 30 No caso de área urbana de mais de 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), o prazo para requerimento da conversão do título de legitimação de posse em propriedade será o estabelecido na legislação pertinente sobre usucapião.

Nesse mesmo sentido MELO (2010, p. 11) aduz a Lei 11.977/09 trouxe para o Registro de imóveis a importante função de ajudar a garantir o direito à moradia, tornando o oficial de registro de imóveis um dos principais atores da regularização fundiária, na medida em que exerce funções sociais e ambientais em decorrência da transformação do direito de propriedade contemporâneo. Afirma, ainda, que a participação dos Oficiais de Registro de Imóveis é imprescindível para que o mecanismo criado pela Lei 11.977/09 ganhe efetividade e que tal prática tem grande influência no mundo jurídico.

Ainda ressaltando o papel social realizado pelos oficiais de registro de imóveis, cabe mencionar que o artigo 290-A da lei 6.015/73, também incluído pela Lei 12.424/11, determina que o registro de legitimação de posse, concedido pelo poder público, nos termos do artigo 59 da Lei 11.977/09, bem como a sua conversão em propriedade, devem ser praticados sem a cobrança de emolumentos, ou seja, de forma gratuita.

A Lei 13.105/15 no artigo 1.071, introduzindo o artigo 216-A¹⁶, reforça a ideia da aplicação do usucapião extrajudicial da Lei 11.977/09 nas serventias imobiliárias, todavia o usucapião extrajudicial da Lei 11.977/09 não pode ser confundido com o da Lei 13.105/15. Essa se refere à proteção de interesses individuais e exige o acompanhamento de um Advogado. Na regularização fundiária o usucapião extrajudicial protege um interesse coletivo, mesmo

¹⁶ Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com: I – ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias; II – planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes; III – certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente; IV – justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel.

que a titulação do direito seja concedida individualmente, sem a obrigatoriedade do acompanhamento de um Advogado no procedimento.

Essa atuação dos delegatários da atividade extrajudicial faz parte do processo de desjudicialização, no qual se transfere facultativamente, para particulares em colaboração, a solução de determinadas situações que eram realizadas especificamente pelo Poder Judiciário, sem ferir o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Essa pré-disposição do legislador para transferir atos da competência do poder judiciário, tem como base a experiência obtida com o divórcio consensual e com os inventários realizados por escritura pública nos Tabelionatos de Notas, conforme determina o art. 1.124-A, incluído pela Lei Federal nº 11.441/07, no Código de Processo Civil, pois estes trouxeram resultados muito positivos.

Cabe ressaltar que a atuação dos Registrados de Imóveis sempre visou à prevenção de litígios, nesse sentido ele já era considerado um auxiliar da Justiça. Todavia, com o advento da Lei 11.977/09 e do Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/15, ele deixa de atuar apenas na prevenção e passa a atuar fazendo às vezes do próprio Judiciário, nos termos da Lei.

Assim, pode-se afirmar que usucapião extrajudicial do Novo Código de Processo Civil, assim como a usucapião extrajudicial da regularização fundiária urbana mencionada na Lei 11.977/09, aponta para a possibilidade de mais um passo na evolução do sistema de registro imobiliário e para a segurança do direito à propriedade proporcionada por estes serviços.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme foi abordado no primeiro capítulo o registro de imóveis surgiu em um momento da nossa história em que a proteção à propriedade não fazia parte dos interesses do Estado, tampouco da sociedade. Todavia, para fomentar o desenvolvimento do País foi necessário a criação

de um sistema que garantisse o crédito. Sem o registro da propriedade o registro das garantias de imóveis, ou seja, das hipotecas, não trouxe os resultados esperados.

Com o registro da propriedade o sistema de registro de imóveis foi se desenvolvendo, tendo como marco a Lei 6.015/73, que foi sendo alterada e complementada por diversas leis, dentre esta se destacam a Lei 11.977/09 e a Lei 13.105/15.

Vimos no último capítulo que essas duas leis se destacam em razão das inovações trazidas. A Lei 11.977/09 (e suas alterações posteriores), além de enfatizar a proteção dos Oficiais de Registros de Imóveis ao direito de propriedade, por meio da sua participação no instituto jurídico da regularização fundiária urbana, também reforçou a sua atuação na proteção ao direito social à moradia, ao meio ambiente e a garantia da função social da propriedade.

Já a Lei 13.105/15, com a inclusão do artigo 216-A, estende para a esfera de atuação dos Oficiais de Registro de Imóveis todas as modalidades de usucapião que não envolve litígios, reforçando a papel desses profissionais do direito como auxiliares direto do judiciário, além de continuar tutelando o direito à propriedade. Assim, com a sua vigência prevista para 16 de março deste ano, há uma grande expectativa de que ela contribuirá para o desenvolvimento do sistema de registro imobiliário.

Todavia, em que pese existir a evolução legislativa no sentido acima mencionado, é necessário que esse desenvolvimento seja acolhido e efetivado pelos titulares desses serviços em conjunto com as suas entidades de classe, a quem incube o papel de orientar e fomentar essa evolução, bem como pelas Corregedorias dos Tribunais de Justiça dos Estados, responsáveis pela regulamentação e fiscalização dos serviços extrajudiciais.

Percebeu-se, ainda, que o andamento da nossa legislação pátria, no que tange aos Ofícios de Registros de Imóveis e a sua proteção ao direito de propriedade, vem prestigiando a atuação dos Oficiais de Regis-

tro de Imóveis e vários são os motivos. Entre eles se destaca a segurança jurídica dos atos por eles praticados e a sua capilaridade.

Por fim, com o estudo da evolução legislativa do sistema do registro imobiliário podemos concluir que o Registro de Imóveis foi criado inicialmente para garantir o crédito (registro das hipotecas), se desenvolveu e passou a tutelar o direito à propriedade imobiliária.

Todavia, o conceito de propriedade se desenvolveu passando a ter uma função sócio- ambiental-econômica. Diante disso, e das alterações legislativas mencionadas, percebemos que o sistema de registro imobiliário brasileiro vem evoluindo no mesmo sentido.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Maria Darlene Braga. Sistema de Registro Imobiliário-Instrumento de efetivação da Propriedade Privada: críticas ao sistema vigente e sugestões de aprimoramento: uma análise do reflexo do registro imobiliário no desenvolvimento econômico brasileiro no século XXI, com base na ordem econômica constitucional. 517 p. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Fundação Edson Queiroz Universidade de Fortaleza– UNIFOR, Fortaleza, 2012.

AUGUSTO, Eduardo Agostinho Arruda. Registro de Imóveis, retificação de registro e georreferenciamento: fundamento e prática. São Paulo: Saraiva. ed. 2013.

BECKER, Bruno. A Regularização Fundiária de Imóveis Rurais, o Aperfeiçoamento do Sistema Registral. Revista de Direito Imobiliário. vol. 74. p. 152. São Paulo: ed. IRIB, jan- jun. 2013.

BECKER, Bruno. A Regularização Fundiária como instrumento propulsor do desenvolvimento econômico e a função econômica do registro de imóveis: o reflexo das garantias reais sobre a taxa de juros fixada no mercado e a sua relevância para o investimento no setor produtivo. Revista de Direito Imobiliário. vol. 72. p. 17. São Paulo: ed. IRIB, jan-jun. 2012.

BRASIL. Lei 317, de 21 de outubro de 1843. Fixando a Despesa e orçando a Receita para os exercícios de 1843 - 1844, e 1844 - 1845. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM317.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

_____. Lei 601, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do Império.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0601-1850.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

_____. Lei 1.237, de 24 de setembro de 1864. Reforma a Legislação Hypothecaria, e estabelece as bases das sociedades de credito real. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM317.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

_____. Decreto 3.453, de 26 de abril de 1865. Manda observar o Regulamento para execução da Lei nº 1237 de 24 de Setembro de 1854, que reformou a legislação hypothecaria. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D4857.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

_____. Decreto 169-A, de 19 de janeiro de 1890. Substitui as leis n. 1237 de 24 de setembro de 1864 e n. 3272 de 5 de outubro de 1885. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D169-A.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

_____. Decreto 370, de 02 de maio de 1890. Manda observar o regulamento para execução do decreto n. 169 A de 19 de janeiro de 1890, que substituiu as leis n. 1237 de 24 de setembro de 1864 e n. 3272 de 5 de outubro de 1885, e do decreto n. 165 A de 17 de janeiro de 1890, sobre operações de crédito móvel. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D370.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

_____. Decreto 4.827, de 07 de fevereiro de 1924. Reorganiza os registros públicos instituídos pelo Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL4827.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

_____. Decreto 18.542, de 24 de dezembro de 1928. Aprova o regulamento para execução dos serviços concernentes nos registros públicos estabelecidos pelo Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D18542.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

_____. Decreto-lei 58, de 10 de dezembro de 1937. Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del058.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

_____. Decreto 4.857, de 09 de novembro de 1939. Dispõe sobre a execução dos serviços concernentes aos registros públicos estabelecidos pelo Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D4857.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

_____. Decreto-lei 9.760, de 05 de setembro de 1946. Dispõe sobre os bens imóveis da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de9760.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.

_____. Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.

_____. Medida Provisória nº 2.220, de 04 de setembro de 2001. Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 10 do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano - CNDU e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

_____. Medida Provisória nº 700, de 08 de dezembro de 2015. Altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, que dispõe sobre desapropriações por utilidade pública, e a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv700.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

_____. Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9514.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

_____. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 25 set. 2015.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 24 set. 2015.

_____. Lei 11.284, de 02 de março de 2006. Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro - SFB; cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal - FNDF; altera as Leis nos 10.683, de 28 de maio de 2003, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, 4.771, de 15 de setembro de 1965, 6.938, de 31 de agosto de 1981, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11284.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

_____. Lei 11.977, de 07 de julho de 2009. Altera a Lei no 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, as Leis nos 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 4.591, de 16 de dezembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil; revoga dispositivos da Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm>. Acesso em: 24 set. 2015.

_____. Lei 12.424, de 16 de junho de 2011. Altera a Lei no 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, as Leis nos 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 4.591, de 16 de dezembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil; revoga dispositivos da Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12424.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 set. 2014.

CARVALHO, Afrânio de. Registro de Imóveis. 4. ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

DIP, Ricardo. Introdução ao Direito Notarial e Registral. Porto Alegre: IRIB: Sergio Antonio Fabris, 2004.

_____. Ricardo. Registro de Imóveis (vários estudos). Porto Alegre: IRIB: Sergio Antonio Fabris, 2005.

GANDOLFO, Maria Helena Leonel. Reflexões sobre a matrícula 17 anos depois. p. 781-832. In: Dip, Ricardo; Jacomino, Sérgio (Org.) Registro imobiliário: dinâmica registral. – São Paulo: Revista dos Tribunais, v.6, 2011.

MELLO, Henrique Ferraz de. Regularização Fundiária Inominada Urbana. Revista de Direito Imobiliário. vol. 74. p. 25. São Paulo: IRIB, jan-jun. 2013.

MELO, Marcelo Augusto Santana. O direito à moradia e o papel do registro de imóveis na regularização fundiária. Revista de Direito Imobiliário. vol. 69. p. 09-79. São Paulo: IRIB, jul-dez. 2010.

_____. Breves anotações sobre o Registro de Imóveis. Disponível em: <<http://www.ibr.org.br/files/obra/Breves-anotações-registro-de-imóveis-Marcelo-Melo.pdf>>. Acesso em: 22 de outubro de 2015.

MENEZES, Olindo Herculano de. Perfil da Propriedade Contemporânea (Destaque da Propriedade Fundiária). 517 p. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília – UnB, Brasília, junho de 2009.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. Manual de metodologia da pesquisa no direito. - 6.ed. 2ª tiragem – São Paulo: Saraiva, 2015.

NALINI, José Renato. O ambiente e o Registro de Imóveis. p. 91-112. In: Jacomino, Sérgio; Melo, Marcelo Augusto Santana de; Criado, Francisco de Assis Palacios (Coodenadores) Registro de Imóveis e o meio ambiente . - São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. Publicidade Registral Imobiliária. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; NUNEZ, Izabel Saenger. Os Direitos à Moradia e à Propriedade - Um estudo de caso da regularização fundiária urbana em favelas cariocas. Ver. Dir. Fundamentais e Justiça-ano8, nº26, p.78-110, Jan./Mar.2014.

PAIVA, João Pedro Lamana. A sistemática do Registro de Imóveis. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984.

_____. Regularização Fundiária de Interesse Social. 1ª. ed. São Paulo: publicado na Coleção Cadernos IRIB nº 5, 2012.

_____. Regularização Fundiária Urbana – Modalidades. Trabalho apresentado no 31º Encontro Regional dos Oficiais de Registro de Imóveis em Cuiabá/MT, publicado no Boletim do IRIB em Revista nº 346.

PASSARELLI, Luciano Lopes. As retificações no Registro de Imóveis. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

SILVA, Ulysses da. Direito Imobiliário – O Registro de Imóveis e suas Atribuições: a nova caminhada. 2ª ed. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013.

VIEIRA, Júlia Rosseti Picinin Arruda. Transmissão da Propriedade Imóvel pelo Registro do Título e Segurança Jurídica: Um Estudo de História do Direito Brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito Civil- Área de História do Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, 2010.

