

**DIREITO: PASSADO, PRESENTE E
FUTURO**

(VOL.1)

PEMBROKE COLLINS

CONSELHO EDITORIAL

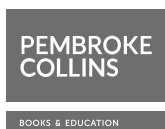
PRESIDÊNCIA Felipe Dutra Asensi

CONSELHEIROS Adolfo Mamoru Nishiyama (UNIP, São Paulo)
Adriano Moura da Fonseca Pinto (UNESA, Rio de Janeiro)
Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro)
Alessandra T. Bentes Vivas (DPRJ, Rio de Janeiro)
Arthur Bezerra de Souza Junior (UNINOVE, São Paulo)
Aura Helena Peñas Felizzola (Universidad de Santo Tomás, Colômbia)
Carlos Mourão (PGM, São Paulo)
Claudio Joel B. Lossio (Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal)
Coriolano de Almeida Camargo (UPM, São Paulo)
Daniel Giotti de Paula (INTEJUR, Juiz de Fora)
Danielle Medeiro da Silva de Araújo (UFSB, Porto Seguro)
Denise Mercedes N. N. Lopes Salles (UNILASSALE, Niterói)
Diogo de Castro Ferreira (IDT, Juiz de Fora)
Douglas Castro (Foundation for Law and International Affairs, Estados Unidos)
Elaine Teixeira Rabello (UERJ, Rio de Janeiro)
Glaucia Ribeiro (UEA, Manaus)
Isabelle Dias Carneiro Santos (UFMS, Campo Grande)
Jonathan Regis (UNIVALI, Itajaí)
Julian Mora Aliseda (Universidad de Extremadura, Espanha)
Leila Aparecida Chevchuk de Oliveira (TRT 2ª Região, São Paulo)
Luciano Nascimento (UEPB, João Pessoa)
Luiz Renato Telles Otaviano (UFMS, Três Lagoas)
Marcelo Pereira de Almeida (UFF, Niterói)
Marcia Cavalcanti (USU, Rio de Janeiro)
Marcio de Oliveira Caldas (FBT, Porto Alegre)
Matheus Marapodi dos Passos (Universidade de Coimbra, Portugal)
Omar Toledo Toribio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru)
Ricardo Medeiros Pimenta (IBICT, Rio de Janeiro)
Rogério Borba (UVA, Rio de Janeiro)
Rosângela Tremel (UNISUL, Florianópolis)
Roseni Pinheiro (UERJ, Rio de Janeiro)
Sergio de Souza Salles (UCP, Petrópolis)
Telson Pires (Faculdade Lusófona, Brasil)
Thiago Rodrigues Pereira (Novo Liceu, Portugal)
Vanessa Velasco Brito Reis (UCP, Petrópolis)
Vania Siciliano Aieta (UERJ, Rio de Janeiro)

ORGANIZADORES:
DANIELLE FERREIRA MEDEIRO DA SILVA DE ARAÚJO,
SANDRA VIDAL NOGUEIRA, SAMARA TAIANA DE LIMA SILVA E
WALKYRIA CHAGAS DA SILVA SANTOS

DIREITO: PASSADO, PRESENTE E FUTURO

(VOL.1)



PEMBROKE COLLINS

Rio de Janeiro, 2020

Copyright © 2020 Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo, Sandra Vidal Nogueira, Samara Taiana de Lima Silva e Walkyria Chagas da Silva Santos (orgs.)

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Asensi
EDIÇÃO E EDITORAÇÃO Felipe Asensi
REVISÃO Coordenação Editorial Pembroke Collins
PROJETO GRÁFICO E CAPA Diniz Gomes
DIAGRAMAÇÃO Diniz Gomes

DIREITOS RESERVADOS A

PEMBROKE COLLINS

Rua Pedro Primeiro, 07/606
20060-050 / Rio de Janeiro, RJ
info@pembrokecollins.com
www.pembrokecollins.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito da Editora.

FINANCIAMENTO

Este livro foi financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e pela Pembroke Collins.

Todas as obras são submetidas ao processo de peer view em formato double blind pela Editora e, no caso de Coletânea, também pelos Organizadores.

D598

Direito: passado, presente e futuro/ Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo, Sandra Vidal Nogueira, Samara Taiana de Lima Silva e Walkyria Chagas da Silva Santos (organizadoras). – Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020.

v. 1; 716 p.

ISBN 978-65-87489-26-1

1. Direito. 2. Epistemologia jurídica. 3. Ciência Política. I. Araújo, Danielle Ferreira Medeiro da Silva de (org.). II. Nogueira, Sandra Vidal (org.). III. Silva, Samara Taiana de Lima (org.). IV. Santos, Walkyria Chagas da Silva (org.).

CDD 340.1

SUMÁRIO

GARANTISMO "INTEGRAL" E SUA INADEQUAÇÃO METODOLÓGICA: UMA INTERPRETAÇÃO NEOCONSTITUCIONAL DE UMA TEORIA NÃO NEOCONSTITUCIONAL.....	15
<i>Jaime Leônidas Miranda Alves</i>	
REALIDADE JOGÁVEL: A (DES)VINCULAÇÃO DOS JOGOS VIRTUAIS À PRÁTICA DE CRIMES VIOLENTOS.....	32
<i>Bruno Carvalho Fioravanti Venturato</i> <i>Mayra Thais Andrade Ribeiro</i>	
FORMAÇÃO SOCIAL BRASILEIRA, CAPITALISMO E TRABALHO.....	45
<i>Lana Carrijo de Felipe Rodrigues</i> <i>Daniel Luiz Pitz</i>	
OS MOVIMENTOS SOCIAIS BRASILEIROS E AS TRANSFORMAÇÕES OCORRIDAS EM VIRTUDE DA DITADURA MILITAR (1964-1985).....	63
<i>Lana Carrijo de Felipe Rodrigues</i> <i>Daniel Luiz Pitz</i>	
ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA AS MULHERES: ANÁLISE DE VIVÊNCIAS NO MUNICÍPIO DE JOÃO MONLEVADE/MG.....	81
<i>Ariete Pontes de Oliveira</i> <i>Marina de Souza Castorino</i>	
RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR CRIMES AMBIENTAIS E A TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO.....	95
<i>Allane Lima de Moura</i>	

COVID-19 VS. PROCESSO ELEITORAL DEMOCRÁTICO: O POSSÍVEL IMPACTO DA PANDEMIA NAS ELEIÇÕES MUNICIPAIS DE 2020.....	109
<i>Arthur Bezerra de Souza Júnior</i>	
<i>Gianfranco Faggin Matro Andréa</i>	
<i>Wagner Wilson Deiró Gundim</i>	
O “ABATE” DE CRIMINOSOS ARMADOS COM FUZIS POR ATIRADORES DE ELITE (SNIPERS) À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	128
<i>Filipe Araújo De Moraes</i>	
<i>Almair Moraes de Sá</i>	
<i>José Ewerton Bezerra Alves Duarte</i>	
<i>Decildo Alves de Sousa</i>	
OS DESAFIOS DA ADVOCACIA NA DEFESA DAS PRERROGATIVAS: A RELAÇÃO DO CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE E A VIOLAÇÃO DAS PRERROGATIVAS.....	142
<i>Eduardo Luís da Silva Pacheco</i>	
FRACTAIS JURÍDICOS.....	154
<i>Nilson Tadeu Reis Campos Silva</i>	
<i>Sônia Letícia de Mélo Cardoso</i>	
O INSTITUTO DA CURATELA E O PROCEDIMENTO DE INTERDIÇÃO COM O ADVENTO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.....	171
<i>Allane Lima de Moura</i>	
O INQUÉRITO JUDICIAL 4.781/DF: A ILEGALIDADE DA ATRIBUIÇÃO INVESTIGATIVA UNIVERSAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	190
<i>Kaïque Henrique Cavalcante de Souza</i>	
<i>Thirso Del Corso Neto</i>	
JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL.....	209
<i>Fernanda de Carvalho Dantas</i>	
<i>Claudia de Carvalho Dantas</i>	
FENOMENOLOGIA: CONTRIBUIÇÕES CONTEMPORÂNEAS AO DIREITO POR MEIO DO CONVITE HUSSERLIANO À ATITUDE TRANSCENDENTAL.....	231
<i>Lucas Sarmiento Pimenta</i>	

VIOÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE HUMANA, UMA ANÁLISE TÉCNICA E CRIMINAL.....	247
<i>Camila Carvalho Rodrigues Costa</i>	
<i>Daniel Stefani Ribas</i>	
<i>Gabriela Albuquerque Pereira</i>	
REMÉDIOS ESSENCIAIS NO COMBATE À CORRUPÇÃO SISTÊMICA.....	266
<i>Lucas Alves Almeida</i>	
<i>Mariana Cesco Ribeiro</i>	
REPRESENTAÇÕES SOCIAIS DAS MULHERES NA CONTEMPORANEIDADE: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS CAMPANHAS PUBLICITÁRIAS NO BRASIL.....	286
<i>Renata Ribeiro Bittes</i>	
<i>Neide Aparecida Ribeiro</i>	
ANÁLISE DA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA APLICADA AO DIREITO AMBIENTAL	305
<i>Maria Luísa Oliveira Elias Santana</i>	
<i>Alexandre Tsuyoshi Nakata</i>	
OS CONDOMÍNIOS EDIFÍCIOS E A COVID-19: PROBLEMAS E SOLUÇÕES EM TEMPOS DE PANDEMIA.....	322
<i>Marcelo Pereira Bergamaschi Junior</i>	
DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: ASPECTOS JURÍDICOS E A RELAÇÃO PACIENTE-PROFISSIONAIS DE SAÚDE.....	337
<i>Camila Louise Baena Ferreira</i>	
INSTRUMENTOS DE COBRANÇA PELA GESTÃO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS: DESAFIO AOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS.....	356
<i>José Laécio de Moraes</i>	
A PANDEMIA DO CORONAVIRUS E OS IMPACTOS EM CONTRATOS DE CONSUMO.....	371
<i>Cinira Gomes Lima Melo</i>	
<i>Tháís Cíntia Cárnio</i>	
A RESPONSABILIDADE DOS PAIS PELOS ATOS PRATICADOS POR SEUS FILHOS MENORES.....	385
<i>Jaqueline Pereira dos Santos</i>	

JUDICIALIZAÇÃO DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19) NO BRASIL.....	430
<i>Patrícia Monteiro Ramos</i>	
O PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO NA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA.....	443
<i>Gabriel Vinicius Carmona Gonçalves</i> <i>Israel Albuquerque Gouveia</i>	
O DIREITO AO DESCANSO EM SITUAÇÃO DE PANDEMIA E O TRABALHO À DISTÂNCIA.....	459
<i>Laís Gonçales Fernandes Alves</i>	
PRÁTICA DE TORTURA HIERARQUIZADA CONTRA O GÊNERO FEMININO NA DITADURA MILITAR BRASILEIRA.....	474
<i>Ana Caroline Salvalagio Dechiche</i> <i>Éder Rodrigo Gimenes</i>	
A ADOÇÃO HOMOAfetiva NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: ASPECTOS DEMOCRÁTICOS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	492
<i>Ana Caroline Salvalagio Dechiche</i> <i>Éder Rodrigo Gimenes</i>	
(IM)PARCIALIDADE DO JUIZ: OS MAXIPROCESSOS INSERIDOS NO PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988 DE MANEIRA NÃO DEMOCRÁTICA.....	508
<i>Lohany Dutra Amorim</i>	
ASSÉDIO SEXUAL NO ÂMBITO TRABALHISTA.....	525
<i>Jaíne Silva Cardoso</i>	
COVID-19: CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS ACERCA DO VÍRUS QUE PAROU O PLANETA.....	548
<i>Bárbara Dias Cabral</i>	
DECISÕES POLÍTICAS E A QUESTÃO DOS PRECEDENTES NO BRASIL.....	563
<i>Renan Cauê Miranda Pugliesi</i>	
DEMARCAÇÃO HISTÓRICO-LEGAL DO ESTUPRO VIRTUAL NO BRASIL.....	581
<i>Renata Mendonça Morais Barbosa</i> <i>William Timóteo</i> <i>Yokanaã Ferreira Júnior</i>	

INTERFACES JURÍDICAS CONTEMPORÂNEAS: COMO A RETÓRICA E A HERMENÊUTICA JURÍDICA SE RELACIONAM À CIÊNCIA DO DIREITO?.....	596
<i>Matheus Mendes Bomfim Marques</i>	
O CASO PERRUCHE E A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.....	614
<i>Carlos Eduardo da Silva Farias dos Santos</i>	
O MANEJO DA NORMALIDADE E DA AUTENTICIDADE ELEITORAL: IMPRESSÕES DA PANDEMIA DE COVID-19.....	631
<i>Gabriel Vieira Terenzi</i>	
OS LIMITES MERCADOLÓGICOS ENFRENTADOS PELO EMPRESÁRIO DURANTE A EPIDEMIA DO COVID-19.....	650
<i>Isabella Fernandes Batista</i>	
PAVLOV, ARENDT: UMA OLHAR DIALÉTICO DA PSICOPEDAGOGIA.....	667
<i>Clayton Alexandre Zocarato</i>	
PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: UMA DISCUSSÃO NAS LENTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DA POSTURA DO DIREITO BRASILEIRO EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS	690
<i>Thais Duarte Zappellini</i> <i>Caroline Lopes Placca</i>	
VIOLAÇÃO DO DIREITO DOS ANIMAIS: DOS MAUS TRATOS À PROTEÇÃO PELA LEGISLAÇÃO.....	702
<i>Izabela Magalhães Cabral</i> <i>Patrícia Fortes Attademo Ferreira</i>	

CONSELHO CIENTÍFICO DO CAED-JUS

Adriano Rosa	Universidade Santa Úrsula, Brasil
Alexandre Bahia	Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil
Alfredo Freitas	Ambra College, Estados Unidos
Antonio Santoro	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Bruno Zanotti	PCES, Brasil
Claudia Nunes	Universidade Veiga de Almeida, Brasil
Daniel Giotti de Paula	PFN, Brasil
Denise Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Edgar Contreras	Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia
Eduardo Val	Universidade Federal Fluminense, Brasil
Felipe Asensi	Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Fernando Bentes	Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil
GlauCIA Ribeiro	Universidade do Estado do Amazonas, Brasil
Gunter Frankenberg	Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha
João Mendes	Universidade de Coimbra, Portugal
Jose Buzanello	Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Klever Filpo	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Luciana Souza	Faculdade Milton Campos, Brasil
Marcello Mello	Universidade Federal Fluminense, Brasil

Nikolas Rose	King's College London, Reino Unido
Oton Vasconcelos	Universidade de Pernambuco, Brasil
Paula Arévalo Mutiz	Fundación Universitária Los Libertadores, Colômbia
Pedro Ivo Sousa	Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil
Santiago Polop	Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina
Siddharta Legale	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Saul Tourinho Leal	Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasil
Sergio Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Susanna Pozzolo	Università degli Studi di Brescia, Itália
Thiago Pereira	Centro Universitário Lassale, Brasil
Tiago Gagliano	Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil

SOBRE O CAED-Jus

O **Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa consolidada e reconhecida de uma rede de acadêmicos para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões interdisciplinares de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se via internet, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. O evento é um dos principais congressos acadêmicos do mundo e conta com os seguintes diferenciais:

- Abertura a uma visão multidisciplinar e multiprofissional sobre o direito, sendo bem-vindos os trabalhos de acadêmicos de diversas formações
- Democratização da divulgação e produção científica;
- Publicação dos artigos em livro impresso no Brasil (com ISBN), com envio da versão ebook aos participantes;
- Galeria com os selecionados do Prêmio **CAED-Jus** de cada edição;
- Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas via internet;
- Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes
- Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Estados Unidos, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido, Itália e Alemanha.

Em 2020, o **CAED-Jus** organizou o seu tradicional **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus 2020)**, que ocorreu entre os dias 22 a 24 de abril de 2020 e contou com 12 Grupos de Trabalho e mais de 500 artigos e resumos expandidos de 48 universidades e 26 programas de pós-graduação stricto sensu. A seleção dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de peer review com double blind, o que resultou na publicação dos 12 livros do evento: Dimensões dos direitos humanos e fundamentais (Vols. 1, 2 e 3), Direito Público em perspectiva, Direito privado: teoria e prática, Conflitos e formas de solução, Crimes e sociedade em debate, Atualidades do trabalho e da seguridade social, Diálogos sobre tecnologia e direito, Justiça e sociedade, Direito: passado, presente e futuro (Vols. 1 e 2).

Os coordenadores de GTs foram convertidos em organizadores dos respectivos livros e, ao passo que os trabalhos apresentados em GTs que não formaram 18 trabalhos foram realocados noutra GT, conforme previsto em edital. Vale também mencionar que o GT que teve mais trabalhos (Direitos humanos e fundamentais) obteve a aprovação para a publicação de 3 livros e o segundo com mais trabalhos (Temas contemporâneos) obteve a aprovação para a publicação de 2 livros.

Os coordenadores de GTs indicaram artigos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2020. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Daniel Giotti e Paula (PFN), Klever Filpo (UCP/UFRRJ) e Paula Lucia Arévalo Mutiz (Fundación Universitaria Los Libertadores, Colômbia). O trabalho premiado foi de autoria de Marconi do Ó Catão sob o título “A cidade em busca de uma gestão ambientalmente adequada para o destino final do lixo eletrônico”.

Esta publicação é financiada por recursos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAEduca) e da Editora Pembroke Collins e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica nacionais e internacionais.

GARANTISMO “INTEGRAL” E SUA INADEQUAÇÃO METODOLÓGICA: UMA INTERPRETAÇÃO NEOCONSTITUCIONAL DE UMA TEORIA NÃO NEOCONSTITUCIONAL

Jaime Leônidas Miranda Alves

INTRODUÇÃO

Um dos principais questionamentos que permeiam o estudo da ciência processual penal é a de qual seria a sua finalidade e quem o seu destinatário final. Questiona-se, assim, processo penal para que e para quem? É a partir da elaboração de uma resposta constitucional e democraticamente adequada a esses questionamentos que o presente estudo se desenvolve, analisando as teses do garantismo penal de Ferrajoli e seus desdobramentos, como a compreensão de garantismo penal integral e garantismo penal hiperbólico monocular.

A pesquisa, dessa feita, consistirá em uma retomada à análise do direito processual penal enquanto plexo de direitos e garantias fundamentais e humanas com o objetivo de limitar o Estado-Polícia pelo Estado Penal.

Nessa toada, o Direito Processual Penal é essencialmente para o réu e, partindo desse matiz, é que se devem ser analisadas todas as teorias, vieses e argumentos que recaem sobre esse ramo da ciência jurídica.

Questiona-se, assim, se é constitucionalmente adequada a doutrina do garantismo penal integral e garantismo penal hiperbólico monocular ou, de outro norte, se consiste tão somente tal corrente do entendimento jurídico em manifestação de um populismo penal exacerbado.

A resposta, como não poderia deixar de ser, encontra-se em Ferrajoli, especialmente em seu *Direito e Razão* (2006) e na noção de processo constitucionalmente adequado.

A pesquisa se justifica em razão da relevância do tema e na necessidade que permeia todo o Direito, mas especialmente as ciências penais, de se combater discursos movidos por excessos e desacompanhados de razão que os justifiquem.

O método hermenêutico elegido é o concretizador, nos termos idealizados por Hesse e busca, a partir do giro linguístico dirigido aos institutos acima alinhavados, construir a razão jurídica aplicável ao caso, respondendo se é razoável admitir como corretas construções doutrinárias como o garantismo penal integral e o garantismo penal monocular hiperbólico e, bem assim, o grau de compatibilidade com a *ratio essendi* do processo penal brasileiro.

1 ANTES DO MÉRITO, UM PREFÁCIO: PROCESSO PENAL PARA QUE(M)?

Preliminarmente à análise do garantismo penal de Ferrajoli (2006) e seus desdobramentos doutrinários, necessário perquirir uma resposta ao questionamento que intitula a presente seção: processo penal para que(m)?

A importância desse questionamento como argumento de autoridade preliminar a qualquer análise que se proponha propedêutica na esfera do processo penal é bem delineada por Lopes Júnior (2019), que afirma que “buscar a resposta a essa pergunta nos conduz à definição da lógica do sistema, que vai orientar a interpretação e a aplicação das normas processuais penais”.

Insta dizer, o estudo (e especialmente, a resposta) de a que(m) serve o processo penal é ponto de partida para todas os demais questionamentos e proposituras. Ou seja, o pesquisador, ao definir, no seu sentir,

a que finalidade se destina o processo penal está escolhendo qual (dos diversos) caminho(s) irá seguir ao enfrentar temas complexos como a possibilidade de prisão-“pena” antes da consumação do trânsito em julgado, a necessidade de comprovação do prejuízo para a declaração de nulidade ante o desrespeito da legislação vigente, a gama de cores que envolve o *nemo tenetur se detegere*, dentre vários outros.

A importância dessa análise não escapa ao estudo do garantismo penal (daí porque a eleição do tema enquanto prefácio ao mérito).

Dentre os diversos caminhos a serem trilhados, tal como Lopes Junior (2019, p. 33), aqui tem-se como ponto de partida a leitura constitucional, de sorte a visualizar o processo penal enquanto instrumento de efetivação das garantias constitucionais.

Nessa perspectiva, Goldschmidt (1950, p. 7) explana que o processo é pressuposto jurídico para aplicação da pena, o que implica na sua compreensão enquanto verdadeira instrumentalidade constitucional. Em outras palavras, o processo é a garantia que tem o indivíduo de que o Estado-juiz observe regras processuais e constitucionais (princípio acusatório, i.e.) caso pretenda exercer contra si o *ius puniendi*.

O respeito com o processo, aliás, é o que separa o *ius puniendi* do *potestas puniendi*. Nesse sentido, afirma Lopes Júnior (2019, p. 34) que o processo deve ser necessariamente democrático porquanto esse é o viés da Constituição Federal¹.

Nesse sentido, Lopes Júnior afirma que o processo não deve ser visto como instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), mas, noutro giro, como limitação ao poder do Estado, possuindo, portanto, natureza de liberdade negativa.

A concepção do processo penal enquanto direito fundamental de primeira dimensão traz como consequência a compreensão de que a finalidade do processo é garantir aos cidadãos (o “quem?” do processo penal) garantias perante o Estado (classicamente apontado como o grande opressor das liberdades individuais) de que este se abstenha e não interfira na vida pessoal de cada indivíduo de forma desarrazoada.

1 A uma Constituição autoritária vai corresponder um processo penal autoritário, utilitarista. Contudo, a uma Constituição democrática, como a nossa, necessariamente deve corresponder um processo penal democrático, visto como instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo.

O processo penal é, numa leitura constitucional(izada), antes de tudo, direito de defesa (*Abwehrrechte*) ou de omissão (*Unterlassungsrechte*), se amoldando ao conceito trazido por Boeckenförde (1993, p. 48) de direitos fundamentais como “*derechos de libertad del individuo frente al Estado. Se establecen para asegurar frente a la amenaza estatal, ámbitos importantes de la libertad individual y social que están especialmente expuestas, según la experiencia histórica, ala amenaza del poder del Estado*”².

Com efeito, se à Constituição foi regalada a função de fixar as regras do jogo político e de circulação do poder, o processo penal é *locus* no qual devem ser observadas e postas em práticas as regras do jogo jurídico constitucional, servindo como “espaço comum democrático construído pela afirmação do respeito à dignidade humana e pela primazia do Direito como instrumento das políticas sociais, inclusive a política criminal” (PRADO, 2001, p. 16).

O caráter de instrumentalidade constitucional do processo penal se delinea dos pontos de tensão existentes entre liberdade individual e poder de intervenção do Estado. Nesse sentido, partindo de Tavares (2019, p. 162) percebe-se que o processo penal tem como finalidade a legitimação. E não é a liberdade individual que necessita ser legitimada, mas sim o poder punitivo do Estado, que, evitando ser autopoiético, constrói o processo penal e cumpre seus preceitos formais e materiais: “o que necessita de legitimação é o poder de punir do Estado, e esta legitimação não pode resultar de que ao Estado se lhe reserva o direito de intervenção” (TAVARES, 2019, p. 200) e “o que necessita ser legitimado e justificado é o poder de punir, é a intervenção estatal e não a liberdade individual. Mais, essa legitimação não poderia resultar de uma autoatribuição do Estado.

A fim de colmatar o questionamento antes alinhavado, deve-se negar o processo como instrumento a serviço do poder punitivo. O processo penal, numa perspectiva constitucional, serve, noutra giro, justamente a limitar o poder punitivo (Direito Penal), sendo um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena, respeitando, antes de tudo, os direitos fundamentais dos indivíduos.

2 BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Escritos sobre derechos fundamentales. Tradução Juan Luis Requejo Pagés; Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993

2 GARANTISMO: A BASE TEÓRICA PARA UM NOVO MODELO JURÍDICO DE PROCESSO PENAL.

Garantismo significa suporte, defesa, reparo, e demais termos que perpassam a ideia de tutela de bens específicos. O garantismo penal surge num contexto de tutela da liberdade individual, a partir da limitação do poder estatal.

O garantismo, pensado por Ferrajoli (2006), abriu espaço para uma nova sistemática penal. Ademais, abriu-se campo para construções teóricas acerca de um novo paradigma, um giro linguístico do direito penal à luz dos axiomas constitucionais.

O processo penal deve ser, segundo Ferrajoli (2006), consitucional(izado), de sorte a impor moldes, estabelecer limites e vínculos, freando a atuação pública. O processo penal é manifestação do Estado de Direito, devendo construir seus alicerces calcados em perspectivas democráticas e redutoras de dano.

Aliás, para Ferrajoli (2006, p. 28), garantismo é sinônimo de Estado Constitucional de Direito, fruto do iluminismo e tem como pilares a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes e a presunção de inocência. Sistema penal garantista, nesse diapasão, é todo aquele que se conforma normativamente como tal e o satisfaz efetivamente.

Cademartori (2006) aponta para a existência de direitos fundamentais, a exemplo da vida e da liberdade, como superiores aos demais, não havendo razão jurídica que justifique a sua limitação. Para o garantismo de Cademartori, esses direitos são, portanto, absolutos.

Para Cademartori (2006, p. 111), “quando se fala em garantismo, fala-se na defesa e no suporte dessas liberdades e dos direitos que surgem sob o rótulo de ‘garantismo’ são defesas e tutelas de caráter jurídico” isso porque os instrumentos com os quais o Direito assegura um certo número de liberdades e direitos, que são precisados, definidos ou instituídos pelo próprio Direito.

Conjugando Cademartori (2006) e Ferrajoli (2006), pode-se perceber o garantismo como teoria jurídica de validade, efetividade e vigência normativa que tem como um sistema de vínculos impostos à

função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. Tudo à luz da Constituição Federal.

Com efeito, o garantismo penal exige uma interpretação das normas conforme a Constituição, a fim de colmatar e superar espaços normativos de emergência, de excesso e de exceção, construídos a partir do reconhecimento jurídico de interesses não legítimos.

O garantismo surge, assim, como teoria embasada na centralidade da pessoa, em nome de quem o poder deve constituir-se e a quem deve o mesmo servir. O garantismo penal, por consequência, é embasado no sujeito passivo do processo penal, ou seja, naquele cuja liberdade pode ser segregada ante a suposta prática de fato previsto como crime ou contravenção.

Para Bobbio (*apud* FERRAJOLI, 2006, p. 7), o “sistema geral do garantismo jurídico” se confunde com a “construção das colunas mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder, particularmente odioso no direito penal”.

Daí porque a doutrina (MACHADO, 2018) aponta que a teoria garantista é de cunho iluminista, tendo como pressuposto a necessidade de limitação (formal e material) dos poderes em face das liberdades individuais (principalmente no campo penal). Entende-se que se conforma o garantismo na perspectiva da tutela das liberdades negativas (direito de defesa - *Abwehrrechte* e de omissão - *Unterlassungsrechte*)

É nesse contexto que Salo de Carvalho (2008, p. 96) informa que a teoria garantista propõe uma releitura de três dimensões da esfera jurídico-política que subordinam a prática penal: “(i) a revisão crítica da teoria da validade das normas e do papel do operador jurídico (plano da teoria do direito); (ii) a redefinição da legitimidade democrática e dos vínculos do governo à lei (plano da teoria do Estado); e (iii) a reavaliação conceitual do papel do Estado (plano da teoria política)”

De uma leitura atenta resta evidenciado que os princípios do garantismo têm como destinatário o réu no processo. E não poderia ser diferente: o réu é o destinatário do processo penal, da mesma maneira que o agente é destinatário do Direito Penal, servindo-lhe toda a construção teórica acerca de princípios e garantias como forma de defesa ao *potestas puniendi*.

É por isso que o garantismo, para Ferrajoli (2006), está atrelado à noção de direito penal mínimo, de sorte a incutir na sociedade a necessidade de construção de outros mecanismos (de caráter extrapenal) para a resolução dos conflitos que se apresentem.

O garantismo resgata a ideia de que o Direito Penal é a *ultima ratio*, de modo que deve o jurista a todo custo evitar que o aparelho repressor penal seja posto em ação de forma injustificada. De mais a mais, o garantismo traz ao Direito (e ao Processo) Penal um critério utilitarista reformado e humanitário, impossibilitando que sejam decretadas penas de caráter totalitário ou índole moralizante.

Não se pode olvidar que o processo é instrumento constitucional democrático, sendo, portanto, incompatível com medidas de reeducação:

Se o direito penal responde somente ao objetivo de tutelar os cidadãos e de minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua ‘absoluta necessidade’ são, por sua vez, as proibições mínimas necessárias, isto é, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que comportam, suporiam uma maior violência e uma mais grave lesão de direitos do que as geradas institucionalmente pelo direito penal (FERRAJOLI, 2006, p. 343).

De forma a resumir o que foi dito, tem-se que o principal bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, numa perspectiva de instrumentalidade constitucional, é a liberdade, cuidando o garantismo das diversas formas (diretas ou indiretas) em que esta é mitigada antes e no curso do processo penal, a fim de afastar medidas que não se encontrem juridicamente legitimadas.

3 NOVOS CONCEITOS QUE SURGEM NO HORIZONTE JURÍDICO: O GARANTISMO PENAL HIPERBÓLICO MONOCULAR E O GARANTISMO “INTEGRAL”

Mais recentemente, parte da doutrina passou a ventilar a existência de um desdobramento do garantismo, aparentemente distorcendo a teoria garantista conforme pensada por Ferrajoli.

É nesse contexto que vêm a lume conceitos como o garantismo penal hiperbólico monocular e o garantismo integral, que serão abordados a seguir.

O garantismo hiperbólico monocular parte da compreensão de que o processo penal se move, de forma exagerada e desproporcional a uma parte do processo. Ou seja, há o reconhecimento dos direitos do réu, de forma desvirtuada e parcial.

Ao garantismo monocular (que se preocupa tão somente com o réu) se opõe o garantismo integral, que teria compreensão ampla e democrática, a partir do cumprimento de um sistema de garantias erigido pelo Constituição Federal de 1988, que, sem se olvidar dos direitos dos réu no curso do processo, também confere importância à figura da vítima e da sociedade.

Em síntese, os defensores desse desdobramento do garantismo “integral” em oposição ao garantismo “hiperbólico monocular”, apresentam como argumentos (por todos, FISCHER, 2009) a tese de que a corrente adotada como garantista (à brasileira) se preocupa de maneira exagerada com os direitos do sujeito passivo do processo penal (o réu), de modo que não atende de forma eficaz aos interesses da sociedade, além de enfraquecer o papel efetivo do Estado, em seu objetivo de buscar o equilíbrio na proteção de todos os direitos e deveres previstos na Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, Fischer (2009, p. 3):

Parece bastante simples constatar que a Teoria do Garantismo se traduz em verdadeira tutela daqueles valores ou direitos fundamentais cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do Direito Penal. Vale dizer: quer-se estabelecer uma imunidade – e não im(p)unidade – dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado e também a proteção dos interesses coletivos.

Para quem se alinha a esse entendimento, deve-se atentar para o fato de que os dogmas do garantismo se protraem a todos os Poderes,

inclusive o Judiciário, que tem como dever a garantia aos cidadãos de resposta a violações que porventura sofrerem.

Sob uma perspectiva neoconstitucionalista³, a sujeição do juiz não está adstrita tão somente à letra da lei – como sempre foi pelo prisma positivista tradicional, de forma acrítica e incondicionada, senão uma sujeição à lei, desde que coerente com a Constituição vista como um todo. (FISCHER, 2009, p. 3).

A atuação do Magistrado não se limita ao exercício da jurisdição – aplicar a lei ao caso concreto – mas está legitimada à persecução de projetos políticos delineados pela Constituição. Nessa perspectiva – de condução *behaviorista* do processo – o papel do Magistrado é o de tutelar os valores ou direitos fundamentais contra as arbitrariedades estatais, além de estabelecer vantagens e desvantagens para aqueles que atuam às margens da lei e / ou da Constituição.

A resposta, segundo Fischer (2009), parte, então, da compreensão de que ao Judiciário é incumbido o ônus de proteção ao mais fraco, à parte hipossuficiente da relação de direito material, que, no mais das vezes, é a vítima, e não o réu.

O garantismo tradicional falha, nessa conjectura, ao concentrar sua atenção tão somente no sujeito passivo do processo penal, se olvidando de que a parte hipossuficiente não é quem praticou o fato previsto como crime, mas sim aquele que teve o bem jurídico lesado e que, por isso, precisa de uma atuação positiva do Estado-juiz.

3 O neoconstitucionalismo designa o fenômeno de aplicação da Constituição diretamente pelos juízes por meio da interpretação, sem ter a lei como intermediária. Este fenômeno é mais comum nos sistemas normativos abertos que são formados por mais princípios do que regras, o que aumenta a liberdade de interpretação do juiz. Para Barroso (2005, p. 29) o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados: (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o póspositivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito (ALVES, 2019).

O garantismo, em seu matiz hiperbólico, busca equilibrar a proteção a todas as partes envolvidas, conjugando a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente aos bens jurídicos, a partir do abandono de uma ideia de eficiência enquanto impunidade, trazendo segurança por meio da proteção à parte mais fraca,

Nesse ponto, Fischer (2009):

Em nossa compreensão (integral) dos postulados garantistas, o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e a segurança, evitando-se a impunidade. O dever de garantir a segurança não está em apenas evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também (segundo pensamos) na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, na punição do responsável. (FISCHER, 2009, p. 3).

Trata-se, nas palavras de Fischer (2009), de garantismo distorcido, na medida em que inviabiliza a punição dos crimes, de sorte a vedar o *status quo ante* e, com isso, impede o equilíbrio das garantias fundamentais às partes processuais.

Ao cuidar tão somente do réu no processo, numa ânsia de livrá-lo da punição a todo o custo, estar-se-ia, nessa conjectura, de violação ao princípio da boa-fé, por deslealdade processual por parte da defesa.

O garantismo, enquanto monocular hiperbólico, atinge o interesse de toda a coletividade, visto que, ao fim e ao cabo, acaba por desvirtuar o processo penal, rompendo com o compromisso estatal com o interesse da sociedade na ânsia de garantir os interesses do réu.

Cumprir analisar e essa tese de rompimento do garantismo penal em “monocular hiperbólico” e “integral” é constitucionalmente adequado.

4 O GARANTISMO “INTEGRAL” COMO PROPOSTA MANIFESTAMENTE INADEQUADA DO PONTO DE VISTA CONSTITUCIONAL

A ideia de que o garantismo deve ser “integral” em oposição a um suposto garantismo hiperbólico monocular, ventilado em (2), deve ser

posta à prova quando da análise dos fundamentos constitucionais que legitimam o processo penal (1).

Nessa conjectura, um dos pilares de (2) consiste na compreensão de que o garantismo, se hiperbólico monocular, em síntese: protege tão somente os direitos fundamentais dos investigados, processados e condenados; não busca concretizar os deveres fundamentais a serem desempenhados pelo Estado; não efetiva seu poder punitivo de forma justa e adequada; gera insegurança para a sociedade; distancia gradativamente da pacificação social.

Ocorre que o processo penal, conforme pacífica doutrina (por todos, Lopes Júnior, 2019) serve ao réu. A finalidade do processo é legitimar a pena, a partir da tutela constitucional dos direitos do processado, evitando, com isso, excessos acusatórios e do poder de punir do Estado.

Não se está a dizer que não se deve preocupação com a vítima. Ao afirmarem isso, os defensores desse garantismo “integral” produzem verdadeiro sofismo argumentativo. A vítima merece atenção do aparato estatal, que deve agir de forma efetiva a fim de minimizar as consequências do delito e, com isso, evitar eventual revitimização.

Ocorre que o campo de preocupação com a vítima não é o processo penal. O processo penal (e para ilustrar isso, faz-se menção ao entendimento de Lima (2019, p. 40) cuida da imposição, ao Estado-juiz e ao Estado-acusação de limites que tornem legítimos imputar a alguém acusação e posteriormente cominar pena:

Mas o Estado não pode punir de qualquer maneira. Com efeito, considerando-se que, da aplicação do direito penal pode resultar a privação da liberdade de locomoção do agente, entre outras penas, não se pode descurar do necessário e indispensável respeito a direitos e liberdades individuais que tão caro custaram para serem reconhecidos e que, em verdade, condicionam a legitimidade da atuação do próprio aparato estatal em um Estado Democrático de Direito. Na medida em que a liberdade de locomoção do cidadão funciona como um dos dogmas do Estado de Direito, é intuitivo que a própria Consti-

tuição Federal estabeleça regras de observância obrigatória em um processo penal. E a boa (ou má) aplicação desses direitos e garantias que permite, assim, avaliar a real observância dos elementos materiais do Estado de Direito e distinguir a civilização da barbárie.

O processo penal não é projeto político do juiz neoconstitucionalista, mas tão somente o campo para a limitação do Poder Estatal, por meio da previsão e do cumprimento de regras limitativas. O processo é, assim, direito de defesa do réu, razão pelo qual carece de fundamento a tese da ramificação do garantismo em monocular e integral.

Tampouco não cabe a alegação de que há violação à boa-fé objetiva ou a distorção dos pilares da doutrina de Ferrajoli.

A boa-fé objetiva consiste em *standards* de comportamento que são impostos ao Estado e à sociedade. Viola-se a boa-fé objetiva ao se esquivar, na conduta, de algum de seus deveres anexos (dever de informação, lealdade, cooperação etc.). Proteger os interesses do réu é conferir efetividade ao previsto na Constituição Federal acerca de seus direitos, devendo agir, nesse mister, o juiz penal.

Noutro giro, Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna (2015, p. 111) afirmam sobre esse garantismo que, em sua concepção, se pretende monocular hiperbólico:

O exagero garantista, no sentido de que a ‘defesa tudo pode’, é tão gritante que chega ao ponto de ensejar decisões inacreditáveis, que acabam fomentando comportamentos maliciosos, criminosos e desonestos dos réus no processo penal, desde que não venham a atingir os interesses de particulares, em uma visão individualista e – data vênica – ultrapassada de um processo penal verdadeiramente democrático e garantista.

Tal argumento não supera um filtro de conformidade constitucional. O exercício do direito de defesa é legítimo e constitucionalmente assegurado, não havendo que se falar em comportamento malicioso, criminoso ou desonesto do réu no curso do processo penal. Ainda que

estas características (malícia, desonestidade e criminalidade) estejam presentes na conduta do réu ao infringir o ordenamento jurídico, cometendo o fato previsto como crime, não há contaminação no tocante a sua defesa processual. Isso se comprova pela divisão feita pela doutrina em autodefesa e defesa técnica, inclusive.

Resta, por fim, a alegação de que o garantismo tal qual aplicado (à brasileira) viola preceitos básicos do garantismo tal qual pensado por Ferrajoli, o que faz surgir a divisão entre o garantismo real (à brasileira, monocular hiperbólico, digno de crítica) e o garantismo ideal (integral, defensável).

O garantismo de Ferrajoli, prossegue os defensores dessa corrente doutrinária, permitiria uma atuação ativa do Poder Judiciário a fim de possibilitar que o Estado-juiz protegesse, de forma efetiva, todos os interesses e direitos em jogo no curso do processo, e não apenas a defesa dos interesses do réu.

Tal entendimento, contudo, parte, enquanto pressuposto lógico, de verdadeiro equívoco conceitual e de interpretação jurídica, justamente porque pautado em uma visão neoconstitucionalista de algo que que é evidentemente não neoconstitucionalista.

Explica-se: todos esses argumentos que criticam o garantismo “à brasileira” por ser monocular e hiperbólico têm como pilar de sustentação as teses neoconstitucionalistas de Estado-juiz enquanto executor direto de um projeto político delineado pela Constituição Federal, o que permitiria, em tese, condutas *behavioristas*, ainda que ao arrepio (e em desconformidade) de previsão legal sob a pecha da atuação principiológica.

Ocorre que, conforme claro por Ferrajoli em *Direito e Razão* (2006), o garantismo não pode ser interpretado à luz do neoconstitucionalismo, haja vista que com ele é incompatível.

O neoconstitucionalismo, ou como chamado por Ferrajoli (2006) de principialismo, padece por, pós-positivista, imprimir maior força normativa aos princípios, conferindo à lei, em um Estado Democrático de Direito, ares de subsidiariedade. Ademais, no principialismo (neoconstitucionalismo) há o enfraquecimento dos direitos fundamentais com a leitura de que são princípios e não regras, ficando seu exercício a depender do subjetivismo do julgador em um juízo de balanceamen-

to. De modo diametralmente oposto, o garantismo (ou constitucionalismo garantista) se destaca justamente na medida em que não busca superar o positivismo, mas tão somente sofisticá-lo, exigindo-se da norma jurídica conformidade formal e material com a ordem constitucional sem que, para isso, tenha que se abdicar da força da regra jurídica e dos direitos fundamentais que, aqui, não possuem natureza principiológica, mas preceitual.

Em síntese, o constitucionalismo garantista foi pensado por Ferrajoli como um contraposto ao neoconstitucionalismo. Daí é que não há que se falar em garantismo interpretado à luz do constitucionalismo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa teve por objetivo analisar o grau de conformidade entre a teoria do garantismo “integral” e a(s) finalidade(s) do processo penal, tudo a partir de uma leitura constitucional(izada). Dito de outra forma, responde-se, primeiramente: há, de fato, garantismo penal monocular hiperbólico?

O ponto de partida do estudo do garantismo “integral” é a compreensão de que este se opõe ao chamado “garantismo monocular hiperbólico”. O garantismo penal monocular hiperbólico consiste na premissa de que no sistema jurídico brasileiro há verdadeira inversão de valores, que macula o exercício da ampla defesa, que passa a ser exagerada e em flagrante desequilíbrio em favor do acusado.

Essa premissa, contudo, à luz da hermenêutica constitucional concretizadora e, a partir da leitura das finalidades do processo, se mostrou equivocada, devendo ser – com certa facilidade, inclusive – completamente refutada no ambiente acadêmico.

“A que fim serve o processo” e “processo penal para que(m)” foram os pontos que nortearam o desenrolar do processo. Pode-se perceber que o processo serve tão somente ao réu, visto que sua natureza não é outra se não a de direito de defesa, a limitar a atuação do Estado-acusador e do Estado-juiz.

Nesse cotejo, trata-se de verdadeira confusão conceitual pretender separar o garantismo penal em monocular hiperbólico e garantismo

penal integral quando, tendo o processo penal como *locus* o sujeito de direito é exclusivamente o réu.

Não se está a dizer que a vítima não deve ser cuidada pelo Estado. O Estado possui dever, de matiz constitucional, de cuidar dos direitos da vítima, e deve fazer isso de forma efetiva, valendo-se para tantos de todos os meios institucionais adequados. A necessidade de “meios institucionais adequados”, por intrínseca conformação constitucional, afasta o processo penal, que é campo para o exercício do direito de defesa ao *potestas puniendi*.

Enfrenta esses argumentos teses de cunho neoconstitucional, que entendem que o processo (ainda que penal) é campo para a promoção de direitos de terceiros que não o réu, de forma a permitir uma atuação *behaviorista*, subjetivista e principiológica do Estado-Juiz, ainda que ao arrepio da lei.

Ocorre que não há espaço para o debate de teses neoconstitucionalistas em se tratando de garantismo, haja vista que, conforme evidenciado em Direito e Razão (2006), o garantismo é constitucionalismo garantista e vem como forma de oposição epistemológica ao neoconstitucionalismo.

Em se tratando de garantismo, não se discute projeto político ao arrepio da lei. Noutra giro, a lei, com esteira na Constituição Federal, é garantia, do réu e de toda a sociedade. Cabe o questionamento de qual o *locus* para a defesa / promoção desses direitos.

A estrutura ordenamental do Direito permite a defesa de todos os sujeitos das diversas relações de direito material. Vítima e demais pessoas estranhas à relação processual devem ser protegidas, não como cortesia do órgão julgador, mas como imposição constitucional. Essa proteção e promoção de direitos, contudo, não ocorre no claudicar do processo penal. O processo penal possui natureza de defesa (*Abwehrrechte*) e, assim, sendo serve aos interesses do réu.

Não cabe a crítica ao garantismo penal por conferir uma proteção exclusiva aos réus na medida em que é a essa finalidade (direito de defesa) e esse o destinatário (os investigados, indiciados, acusados, condenados...) do processo penal.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Jaime Leônidas Miranda. *O perfil constitucional da Defensoria Pública sob a perspectiva das ondas renovatórias do acesso à justiça no Estado constitucional*. In: COSTA, Inês Moreira da; LEAL, Jorge Luiz dos Santos. *Constitucionalidade, transnacionalidade e sustentabilidade*. Porto Velho – RO: EMERON, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In: Revista *Themis* – Revista da ESEMC, v. 4, n. 2, 2006. Disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/241/232> acesso em: 07 jan 2020.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução Juan Luis Requejo Pagés; Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. 2ª ed., Campinas, SP: Millennium Editora, 2006.
- CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do Garantismo Penal*. 4. Ed. Revista dos Tribunais, 2006.
- FISCHER, Douglas. *Não há direito fundamental à impunidade: algumas considerações sobre a possibilidade das prorrogações das interceptações telefônicas*. In: Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n. 63, maio-2009-set-2009 Porto Alegre, 2009.
- GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, 1950.
- JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. ***Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção***. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 7. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo penal: introdução crítica*. 5^a ed. SaraivaJus, 2019.

MACHADO, Leonardo Marcondes. *Garantismo penal e investigação criminal: um diálogo necessário*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-jun-12/academia-policia-garantismo-penal-investigacao-criminal-dialogo-necessario#_ftn7. Acesso em: 07 jan 2019.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. 2^a Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 4. Ed., Tirant, 2019.

REALIDADE JOGÁVEL: A (DES) VINCULAÇÃO DOS JOGOS VIRTUAIS À PRÁTICA DE CRIMES VIOLENTOS

Bruno Carvalho Fioravanti Venturato

Mayra Thais Andrade Ribeiro

INTRODUÇÃO

Resultante dos avanços tecnológicos, o vídeo game se tornou um produto extremamente popular no meio social. Fabricado pela primeira vez em 1972 pela Magnavox, o Odyssey foi o primeiro aparelho de vídeo game da história. Com o passar dos anos, houve avanços, desenvolvimentos e dinamização dos aparelhos que o sucederam. Hoje, o aparelho está mais “refinado”, com tecnologia de ponta e viável a todas as faixas etárias sociais, sendo para muitos um passatempo ou forma de trabalho. O aparelho possui vários jogos que possam ser usados nele, de todos os gêneros possíveis e para todos os gostos. Um dos gêneros prediletos dos jogadores é o “FPS” (Jogos em primeira pessoa) e o em terceira pessoa, os jogos preferidos são os que simulam situações de ação, violência, guerra ou terror. Por ser um meio extremamente popular, há várias discussões quanto ao seu uso e aos seus jogos, tendo os jogos violentos como principal fator de debate. A questão abordada é se esses jogos induzem no comportamento humano, e se seus efeitos são negativos ou positivos.

VISÃO JURÍDICA

Para um melhor aprofundamento à respeito do assunto, é necessário dividi-lo em várias áreas. O assunto “jogos violentos” ao fazer ponte com “comportamentos violentos”, produz efeitos em vários ramos. No científico, literário (doutrina) e no jurídico. Por ser um tema recorrente, há várias divergências positivas e negativas sobre o assunto, levando o leitor a fazer uma pesquisa profunda sobre o tema.

O sistema jurídico brasileiro é bastante amplo, trata dos mais diversos assuntos em seu repertório, ao tempo que se desenvolve a sociedade, o direito evolui junto. Presente na Constituição da República Federativa do Brasil, elaborada em 1988, o **princípio da Fraternidade** ou **Direito Fraternal** traz consigo um entendimento bastante concreto sobre o assunto. Com origem na Revolução Francesa, o princípio da Fraternidade foi perdendo espaço no tempo e na história para os outros princípios, da Igualdade e o da Liberdade, sendo estes citados com maior força no contexto histórico. O Direito Fraternal, traz uma ideia de que não basta somente a força coativa do Estado, e a lei como meio de solução, deve haver uma cooperação entre o Estado e a sociedade. Em vista disso, é necessária uma maior participação da família na fiscalização desses jogos e não somente, leis que os proíbam. Ocorrendo assim, uma maior ênfase que trará diversos resultados, tendo em vista que, o Estado se apresentará como a última alternativa.

Já na doutrina, como fomenta Sennett, ao enfatizar que a necessidade de autoridade é fundamental. As crianças precisam de autoridades que as orientem e tranquilizem. Os adultos realizam uma parcela essencial de si ao serem autoridades: é um modo de expressarem interesse por outrem. Há um medo persistente de sermos privados dessa experiência. (SENNETT, 2011, p.27).

Em 2007, o juiz Carlos Alberto Simões de Tomaz, da 17ª Vara Federal de Minas Gerais, mandou apreender jogos de computadores considerados violentos. Na ocasião, o jogo apreendido foi o “*Counter strike*”, que simula uma guerra entre bandidos e policiais. No entendimento do juiz, o jogo é nocivo à saúde dos consumidores, e que contraria o Estatuto da Criança e do Adolescente. Há também uma ressalva importante do magistrado, ao citar que a “Constituição desti-

na uma proteção especial à criança, não podem vicejar interpretações que propugnam por laquear o alcance dessa tutela”.

No entanto em 2012, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em um precedente, relatou que “Não há referências sólidas na literatura científica que para afirmar sobre a influência nefasta maléfica ou incitante de tais jogos sobre a personalidade do jogador. A introdução aos jogos seria, naturalmente, de responsabilidade dos pais ou responsáveis legais”. Conforme o que está disposto no **artigo 170 da CRFB/88**, *in verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios. (BRASIL, 1988)

Atualmente tramita na Câmara dos Deputados um projeto de lei (PL 1.577/19) que objetiva criminalizar os jogos considerados violentos no Brasil. A proposta prevê mudanças no Código Penal com detenção de três a seis meses, ou multa. Se o crime for praticado utilizando a internet ou meios de comunicação de massa, a pena é triplicada. Pretende-se neste projeto analisar o inteiro teor deste texto, visto que ainda passará por comissões legislativas e também por audiências públicas para que a sociedade civil possa se inteirar sobre o referido projeto e participar de forma ativa e democrática do desenvolvimento do ordenamento jurídico.

Como observado, há divergências entre os magistrados à respeito deste tema tão pertinente em nossa sociedade. Por conseguinte, há uma percepção ainda por parte da sociedade conservadora de que os jogos são realmente o “combustível” para a prática de comportamentos violentos e agressivos.

E também, na doutrina literária por parte de juristas salienta D’Urso, ao sustentar o entendimento de que “os jogos violentos influenciam alguns jovens, porém, está eventual influência não pode ser fator determinante para a proibição de sua venda. Também não se pode imaginar que tais jogos possam motivar todos os jovens jogadores a cometerem barbaridades e atentados, como ocorreu em Suzano. (D’URSO, 2019).

Um outro caso curioso a ser citado, é o do projeto de lei de 2005 ratificado pelo então Governador da Califórnia, Arnold Schwarzenegger. Na ocasião, o projeto propôs a proibição da venda de jogos violentos de videogames, sendo declarado inconstitucional no ano de 2011. Visto que, de acordo com a Suprema Corte dos EUA, o projeto de lei feria o princípio da **liberdade de expressão**. Uma curiosidade a ser citado é que, Arnold fez diversos filmes considerados violentos, tais como “Os mercenários” e “O Exterminador do Futuro”. Em janeiro de 2013, o ex-Governador ainda disse em entrevista a uma emissora americana, ao ser questionado sobre a relação dos jogos violentos com o massacre ocorrido na escola Sandy Hook, no Estado de Connecticut que é preciso manter (as duas coisas) separadas. A violência no cinema é entretenimento, e outra coisa é uma tragédia além do que se pode acreditar. É realmente sério, e é o que realmente importa. (SCHWARZENEGGER, 2013).

VISÃO ECONÔMICA E INQUIRITIVA

Já no quesito monetário, o mercado de jogos eletrônicos está em constante evolução, sempre acompanhado dos avanços tecnológicos e novos mercados. De acordo com uma pesquisa realizada em 2018 pela empresa Newzoo, o Brasil ocupa a 13ª colocação no ranking mundial do mercado de jogos eletrônicos, movimentando anualmente cerca de US\$1,3 bilhão. Além de ser o primeiro colocado entre os latino-americanos, com cerca de 75,5 milhões de gamers.

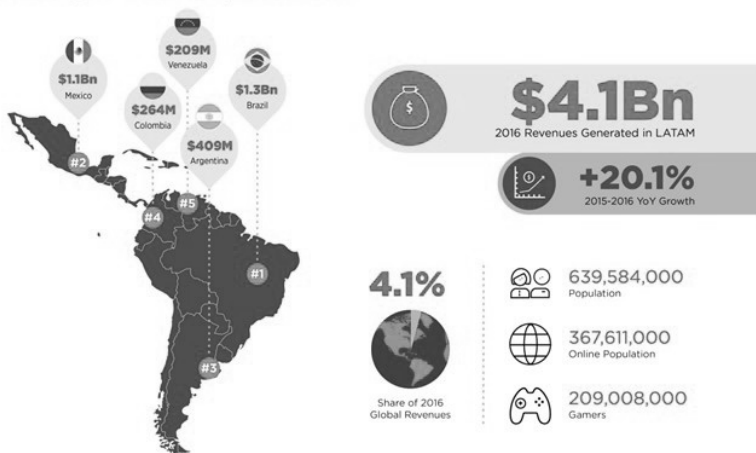
Isto gera uma curiosidade interessante, visto que, ao mesmo tempo que o Estado tenta criar leis para a retirada destes jogos do mercado, o Ministério da Cultura juntamente da Agência Brasileira de Promoção de Exportações e Investimentos (Apex-Brasil) criaram uma área específica para estimular a participação de empresas de games em eventos internacionais. Ocorrendo assim uma expansão de novos mercados e parceiros comerciais, atraindo também investidores de todo mundo. É importante, também, evidenciar que a indústria do videogame tem usado a polêmica a seu favor, muitas vezes ela desencadeia deliberadamente situações conflituosas, visando exclusivamente à compensação

financeira. Do mesmo modo, ela constantemente investe no cenário de violência para gerar seu apelo de mercado. Entretanto, ela não é a única que dispõe de tal artifício.

“Ao avaliar o quadro geral, tudo que esses produtos planejam trazer ao mercado é algo que pode também ser encontrado em diversos outros lugares. Existem vários filmes que lidam com situações criminais, planejamentos de guerras e assassinatos de aluguel, há também vários livros, quadrinhos e músicas que contam com situações extremas e controversas para oferecer o público um novo ponto de vista sobre a situação. Cada uma dessas mídias pode oferecer o risco de que seu usuário possa tomar uma rota violenta no futuro se for exposto a esses elementos numa base diária, ao mesmo tempo em que pode oferecer uma chance de mostrar uma experiência que o fará realizar o quão prejudicial isso pode ser não só para si, mas para todos ao seu redor. (MARACAJÁ; RANYERE; SER-RANO, *et. al.*, 2014, p. 5).”

LATIN AMERICA

2016 REVENUES, TOP COUNTRIES, AND KEY KPIS



Fonte: Tecmundo, 2018.

Como salienta D`Urso, pois a criminalização ou a proibição dos jogos violentos no Brasil seria um retrocesso faraônico, uma vez que o mercado mundial de games está em franca expansão, e esta lei traria um prejuízo incomensurável à economia brasileira. (D`URSO, 2019, p.01).

Claro que toda pesquisa parte de um posicionamento pré-estabelecido, uma hipótese a ser verificada e, portanto, são nos caminhos desta verificação de forma organizada e sistematizada que se levantam os dados necessários para uma análise científica que poderá se tornar um horizonte compreensivo que deve ser adotado para uma melhor avaliação do tema por parte do pesquisador e demais pessoas interessadas em abordar tal tema de extrema relevância.

Por maior que seja a quantidade de argumentos que existam contra jogos de videogames no que diz respeito as elevações nos níveis de violência de um indivíduo, nenhum deles demonstra embasamento científico preciso, ou seja, eles não provam que jogos violentos tornam os jogadores mais violentos. Na verdade, existem diversas pesquisas que não só atuam em defesa dos sistemas de jogos, como também apresentam inúmeros benefícios na realização dessa prática. (MARACAJÁ; RANYERE; SERRANO, *et. al.*, 2014, p. 02).

Há que analisar o contexto ao qual essas pesquisas são feitas e os pressupostos iniciais, pois não se pode considerar apenas o contexto individual envolvido no comportamento da pessoa, colocando a responsabilidade exclusivamente nos jogos eletrônicos, a questão é complexa e precisa de atenção na investigação comparativa. Isto porque os aspectos psicossociais também devem ser considerados ao se fazer um juízo de valor sobre os atos e os jogos, pois

“Existem diversos fatores na vida de um ser humano que podem influenciá-lo em direções diferentes na formação de sua personalidade. Tudo que ele observa, ouve e no geral experimenta, especialmente durante a juventude, influenciará no crescimento e conseqüentemente irá compor o adulto que ele irá se tornar. (MARACAJÁ; RANYERE; SERRANO, *et. al.*, 2014, p. 3).”

Lado outro destaca-se que os jogos podem ser úteis as pessoas ao auxiliar tratamentos e melhoria na qualidade de vida de jovens e ado-

lescentes que necessitam de impulsos recreativos e dinâmicos com raciocínio lógico, memorização e estímulos. Além de auxiliar em questões mais graves como reduzir ou amenizar fobias e reabilitação após traumas físicos ou emocionais.

“O jogo The Sims é outro exemplo de jogo que influencia positivamente seus jogadores. Nesse jogo o usuário pode simular situações do dia-a-dia. O único objetivo real do jogo é organizar o tempo de seus Sims (nome dado aos personagens do jogo) para ajuda-los a alcançar seus objetivos de avanços pessoais. O jogador se envolve em várias práticas sociais, como escolher uma moradia, escolha de um emprego, adoção de animais de estimação, diversão, alimentação, entre outras tarefas. É importante ressaltar que os jogos eletrônicos estão sendo utilizados no tratamento de pessoas com fobias, sendo considerado por muitos um tratamento eficaz. Esse tratamento é feito expondo pacientes à fonte de seus medos dentro de um ambiente criado por um equipamento especial de realidade virtual, adaptado de acordo com o temor de cada pessoa, como aracnofóbicos (medo de arcnídeos) e pacientes com medo de altura ou de espaços fechados. Esse tratamento com realidade virtual é bem mais barato que o tratamento convencional. (BATISTA; QUINTÃO; LIMA, 2008, p. 05).”

Com relação as pesquisas de campo, na Universidade de São Paulo, foi realizada uma investigação com 100 estudantes. Os questionários foram aplicados no horário do almoço, nos 4 restaurantes da Universidade, de forma a permitir uma amostra diversificada, composta por estudantes de diversos cursos. Uma das conclusões parciais a que se chegou foi que

“Finalmente, ao investigar a influência de jogos violentos sobre o comportamento do jogador, no presente estudo, a maioria afirmou que isso não interfere em seu estado emocional, mas 7,4% dos entrevistados relataram sentir-se mais agressivos, o que deve ser mais bem investigado em estudos futuros. (SUZUKI *et. al.*, 2009, p. 167).”

Reforçando a afirmativa acima, outros autores concordam que não é possível apontar de maneira categórica e direta que uma ou outra causa determinou o comportamento do sujeito em uma dada direção, uma vez que há inúmeras possibilidades de se pensar diversas causas e diversas informações e fatos que influenciam o comportamento humano. (RETONDAR; BONET; HARRIS, 2014, p. 06.).

De tal modo, com base nos parágrafos supracitados, evidencia-se que tal aptidão e prática dos eventuais jogos não influencia de maneira determinante no seu comportamento. Afastando assim qualquer relação absoluta de que, os jogos violentos estimulam de maneira impositiva e geral os comportamentos dos jogadores.

VISÃO SOCIAL E LITERÁRIA

Muito se discute sobre a possível relação dos jogos violentos de videogame, para com possíveis comportamentos agressivos ocorridos em decorrência deste. No entanto, deixa-se de lado uma possível causa que pode ser determinante para a explicação de possíveis comportamentos violentos. Como afirma Durkheim, esses tipos de conduta ou de pensamento não apenas são exteriores ao indivíduo, como também são dotados de uma força imperativa e coercitiva em virtude da qual se impõem a ele, quer ele queira, quer não. (DURKHEIM, 2007, p.02).

Em uma síntese descomplicada e simples, se o indivíduo convive em um ambiente familiar agressivo, este será influenciado por ele. Em duas hipóteses comportamentais, temos duas possíveis ações que possivelmente podem ser praticadas pelo indivíduo que vive neste ambiente. Em um primeiro caso, este absorverá a agressividade observada e a praticará externamente, seja na escola, no parque, nas relações amistosas ou até mesmo dentro de casa. O segundo caso é o isolamento, pois como afirma Santos, o fato de as influências sociais operarem muito cedo na vida da criança, adolescente, sugere que uma atenção especial deve ser focalizada no processo de seu desenvolvimento. Valores morais, atitudes sociais e estabilidade emocional podem ser afetados pela experiência social precoce. (SANTOS, 2002, p.191).

E neste último, ocorrendo um isolamento social, acarretaria num maior aprofundamento do indivíduo nos jogos por exemplo, fazendo

deles sua única forma de inclusão em determinado ambiente, mesmo sendo fictício. Analisando alguns massacres pelo mundo, nota-se diversas motivações para a prática destes, e que estão longe da relação com os jogos violentos. Dentre os maiores massacres ocorridos no Brasil, cita-se: Suzano (SP); Realengo (RJ); Goiânia (GO) e Taiúva (SP). Sendo apenas o de Suzano tendo possível relação com jogos violentos e videogames.

De acordo com o jornal “Estadão” e investigadores da PCSP, Edmar Aparecido Freitas (18), autor do massacre ocorrido na Escola Estadual Coronel Benedito Ortiz, adorava o nazista Adolf Hitler, constantemente fazia ameaças aos colegas em tom de brincadeira e sofria bullying em razão da obesidade, Edmar suicidou-se logo após.

Ocorrido em 2017 no Colégio Goyases, o aluno “J.C.M” (14) matou dois colegas de classe utilizando uma pistola .40 de sua mãe, que era policial militar. De acordo com o site “El País”, após ser detido o autor dos disparos disse que sofria bullying por parte dos colegas de classe, e que se inspirou no Massacre de Columbine e no de Realengo.

Sendo este um dos massacres mais emblemáticos ocorridos no país, em 2011, na Escola Municipal Tasso da Silveira, o ex-aluno Wellington Menezes de Oliveira (23) matou 12 pessoas utilizando dois revólveres. Em uma carta deixada por Wellington, o mesmo relata que sofria diversas agressões e humilhações por parte dos colegas na adolescência, era adepto do islamismo, e que seu apelido preferido era “Al Qaeda” (Em alusão ao atentado terrorista que atingiu as torres gêmeas no dia 11 de setembro de 2001, nos EUA). Após o massacre, Wellington cometeu suicídio.

Com base no site “G1”, em março de 2019, Guilherme Taucci Monteiro (17) e Luiz Henrique de Castro (25) adentraram na Escola Estadual Raul Brasil, munidos de uma besta (arco e flecha automático) um revólver .38, um machado e um arco e flecha tradicional. Através de apurações do MPSP, foram apreendidos computadores dos quais os autores do massacre utilizam em uma lan house. O MP ainda relatou que ambos possivelmente participavam de grupos na “Deep Web”. A “Deep Web” é uma espécie de “submundo” da internet convencional, estando presente fóruns de pedofilia, assassinato, venda de drogas, sequestros, comércio de armas e também de órgãos.

Já Khaled Jr. aborda esta temática em seu trabalho, que ele classifica como uma obra com um tom de denúncia contra a criminalização simbólica dos games, criadores e gamers. É preciso trazer um estudo jurídico-social sobre isso para que a análise científica apure tais denotações de forma aprofundada de modo a seguir como aporte teórico em auxílio dos juristas e aplicadores do Direito. Outro fator importante é o destaque dado a uma das grandes contradições entre a mídia e as autoridades jurídicas. Em muitos casos a cobertura jornalística imediatamente destaca os efeitos maléficos dos jogos como principal elemento de determinada tragédia, entretanto, inúmeras sentenças rejeitaram por completo qualquer vínculo entre violência virtual e real. (KHALED JR, p.17).

Outro fator importante é o destaque dado a uma das grandes contradições entre a mídia e as autoridades jurídicas. Em muitos casos a cobertura jornalística imediatamente destaca os efeitos maléficos dos jogos como principal elemento de determinada tragédia, entretanto, inúmeras sentenças rejeitaram por completo qualquer vínculo entre violência virtual e real. Khaled Jr. destaca com os juízes do caso em questão atentaram estritamente para os fatos e perceberam que o suposto vínculo não passa de mera especulação, não preenchendo os requisitos necessários para reconhecimento judicial de qualquer responsabilidade dos desenvolvedores (KHALED JR, 2018, p. 18).

Complementando, Khaled Jr. ressalta que, é comum que convicções morais recebam verniz científico para ganhar aparência de verdade, configurando uma relação promiscua de troca entre a academia e os moralistas de plantão que fazem da imprensa veículo para divulgação de seus pontos de vista. (KHALED JR, 2018, p.20).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos fatores citados acima, fica evidente que há divergências contraditórias diante deste tão ressaltado assunto. No enfoque jurídico não há uma decisão soberana dos magistrados, com os Tribunais superiores apresentando opiniões à respeito do assunto. Leva-se em conta mais o pensamento subjetivo do juiz, visto que para os que tendem a uma visão mais conservadora, acreditam que os jogos realmente

são os principais fatores para desencadear nos jovens comportamentos mais violentos. Conquanto, para o juiz que vislumbra mais o contexto social, fatores externos que levam em conta uma visão mais ampla, a decisão é que os jogos não tem propulsão para impulsionar tais comportamentos agressivos. E que também fere alguns princípios constitucionais supracitados na argumentação deste artigo, levando assim a um conflito de decisões judiciais.

Numa sociedade pouco instruída, há diversas generalizações, criações de estereótipos para com os jogos de videogame. O fato é que, pessoas, famílias, para livrar-se da culpa, omissão, negligência em não dispor uma tutela adequada, oferecer instruções aos filhos por exemplos, optam por jogar a culpa toda no Estado, obrigando-o a elaborar leis para sanar os erros cometidos por elas. A própria Constituição leva em conta o princípio **Fraterno**, para que os familiares possam fiscalizar, instruir seus filhos sobre os riscos na sociedade.

E em contraste, os jogos em geral, são conhecidos por encorajar o trabalho em equipe, realizar decisões intuitivas, explorar a criatividade, testar as habilidades matemáticas e linguísticas, além de aprimorar a coordenação do olho para gosto visual pela exposição à gráficos diferentes e por isso a sua classificação como principal desencadeador da violência, principalmente entre os jovens é na realidade uma forma de mascarar a real culpa.

Porém, esses são riscos baseados em uma utilização irresponsável, pautada em uma exposição descontrolada a esse meio de entretenimento. Um julgamento errado que acaba por influenciar a formação de juízo de valor das pessoas envolvidas nos casos e da sociedade em geral. Pois, sustentou-se acima, com base em pesquisas, que esta influência é tão ínfima, não sendo capaz de influenciar à prática de comportamentos violentos.

Em síntese, é preciso verificar que apesar de a violência estar presente nos jogos eletrônicos, a preocupação da mídia e outros grupos com a má influência gerada pelos jogos pode ser infundada. Por isso fez-se necessária a proposta deste artigo, a fim de questionar a capacidade dos jogos formarem a opinião, a identidade e a personalidade do seu usuário, e em que medida depende de outros fatores externos a ele.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Mônica de Lourdes Souza Batista; QUINTÃO, Patrícia Lima; LIMA, Sergio Muinhos Barros. Um estudo sobre a influência dos jogos eletrônicos sobre o usuários. **Jogos Violentos na Atualidade**, Juiz de Fora, v.1, n.4, p. 4-8, jan./jun. 2008.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1998. **Disponível em:** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08.set. 2019.

BRASIL. TRF1°. **Medida cautelar inominada** nº2008.01.00.010959-9/MG, de 12 junho de 2009. **Disponível em:** <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4401733/medida=-cautelar-inominada-mci10959--mg20080100010959-9-?ref-serp>>. Acesso em 12 de novembro de 2019

BRASIL. Projeto de lei nº 1577, de 19 de março de 2019. O Projeto de lei criminaliza o desenvolvimento, a importação, a venda, a cessão, o empréstimo, a disponibilização ou o aluguel de aplicativos ou jogos eletrônicos com conteúdo que incite a violência e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6245B58A-1C0E2AC3090B72627C986A99.proposicoesWebExterno1?co-dteor=1720584&filename=PL+1577/2019> . **Acesso em 14 jun de 2019.**

DURKHEIM, Emile. **As Regras do Método Sociológico**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

D'URSO, **Luiz Augusto Filizzola**. Projeto de lei que criminaliza jogos violentos é um “retrocesso faraônico”. Migalhas. Abril 2019. **Disponível em:** <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI299878,31047-Projeto+de+lei+que+criminaliza+-jogos+violentos+e+um+retrocesso>>. Acesso em 14 jun.

JR, Khaled. **Vídeo game e violência:** cruzadas morais contra os jogos eletrônicos no Brasil. São Paulo: Civilização Brasileira, 2018.

MARACAJÁ, Marina; RANYERE, Breno; SERRANO, Paulo.
Narrativas violentas geram jogadores violentos? Revista Temática, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p. 2-8, mai./jul. 2014.

MARRAFON, Marco Aurélio. O futuro do Direito como Direito fraterno. Revista **Consultor Jurídico, São Paulo**, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-29/constituicao-poder-futuro-direito-direito-fraterno>> . Acesso em **20 mar. 2020**.

RETONDAR, Jeferson José Moebus; BONNET, Juliana Coutinho; HARRIS, Elisabeth Rose Assumpção. **Jogos Eletrônicos: Corporeidade, Violência e Compulsividade**. Revista brasileira de ciências do esporte, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 6-9, jan./set. 2014.

SUZUKI, Fernanda Tomie Icassati et al. O uso de videogames, jogos de computador e internet por uma amostra de universitários. **Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 163-168, jul./set. 2009.

SENNETT, R. (2001). **Autoridade**. São Paulo: Record.

FORMAÇÃO SOCIAL BRASILEIRA, CAPITALISMO E TRABALHO

Lana Carrijo de Felipe Rodrigues

Daniel Luiz Pitz

Introdução

O objetivo geral deste artigo é investigar as particularidades do processo de formação social do Brasil e da relação capital-trabalho. Procura-se explicar o sentido originariamente mercantil da colonização e o que isso significou para a construção da identidade social, cultural e política da sociedade brasileira, marcada pela violência e supressão de suas características próprias.

Abordar-se-á o tema a partir das intervenções relacionadas às particularidades da composição e expansão do capitalismo na formação social brasileira, com uma maior ênfase no mercado de trabalho, no conceito marxiano de trabalho abstrato e nas contradições sociais que compõem historicamente as particularidades da exploração do trabalho pelo capital no país.

Portanto, emerge o seguinte problema de pesquisa: Quais são as particularidades da formação social do Brasil e do seu padrão de desenvolvimento de capitalismo dependente?

O tema aqui proposto surge com o intento de contribuir com o conhecimento nessa área, especialmente dentro de uma perspectiva humanista do Direito, de modo muito particular, sobre a formação social brasileira. A importância deste trabalho consiste então em indi-

car problematizações sobre os aspectos da inserção do capitalismo na realidade brasileira.

A metodologia utilizada é a literatura relacionada com a temática, utilizando obras de estudiosos clássicos e contemporâneos sobre o Brasil em vários textos dentro e fora do Direito, a exemplo de Caio Prado Jr., sendo dessa forma a pesquisa bibliográfica e a sua técnica qualitativa.

Na primeira parte deste texto pontuamos de forma objetiva os elementos de origem do processo de formação social do país, por sua vez, trazendo algumas de suas particularidades sócio-históricas.

Logo após, apresentaremos a formação social e a relação com o processo de modernização tardia, trazendo em seguida um breve panorama do desenvolvimento das forças produtivas e as suas controvérsias no debate marxista, sendo, portanto, os objetos de verificação mais específicos do estudo.

1.1 A origem do processo de formação social brasileira

Para compreender a forma como a sociedade brasileira está organizada, foi preciso resgatar seu passado histórico e retomar alguns acontecimentos importantes que contribuem para explicar o Brasil de hoje. A sua construção social tem as bases fincadas em influências exteriores, sendo estas capazes de determinar o futuro de um povo que até o momento de sua invasão pelos europeus, não conhecia outra forma de vida além de sua relação direta com a natureza. Refletir sobre em que medida essa evolução se realizou, nos ajuda a entender quais eram as suas necessidades e até onde vão suas consequências.

Prado Jr. em sua interpretação sobre a formação do Brasil contemporâneo ressalta a importância da reflexão sobre o passado colonial para melhor apreensão do Brasil de agora.

Visto deste ângulo geral e amplo, a evolução de um povo se torna explicável. Os pormenores e incidentes mais ou menos complexos que constituem a trama de sua história e que ameaçam por vezes nublar o que verdadeiramente forma a linha

mestra que a define, passam para o segundo plano; e só então nos é dado alcançar o sentido daquela evolução, compreendê-la, explicá-la. (PRADO JR., 1942, p. 20)

Prado Jr. parte do século XVIII, período em que a colônia começa a apresentar sinais de esgotamento e se inicia um processo de mudanças na lógica da colonização. Os desdobramentos desse percurso vão definir os aspectos sociais, políticos, econômicos e culturais fundamentais que estabelecem a dinâmica brasileira até os dias atuais.

O autor expõe a dicotomia construída por essas transformações e reconhece como elemento determinante o processo de ocupação das terras brasileiras de maneira coercitiva e violenta pelos europeus. O objetivo dessa invasão desde o início foi extrair da natureza, esta em grande parte ainda selvagem, matérias que pudessem ser transformadas em valor (café, açúcar, ouro, diamante, etc.). Os produtos eram exportados para industrialização em Portugal que assim como uma grande empresa comercial, buscava expandir sua produção de mercadorias.

É certo que o Brasil nunca fez parte do projeto de desenvolvimento de seus colonizadores. Apenas na medida em que fosse necessário proporcionar meios para exploração da terra, via expropriação dos povos indígenas e escravização dos negros. Nunca em seu sentido civilizatório (MURAD, 2011).

Diante desse cenário, Caio Prado (1942, p. 10) diz que surge “algo de novo”, tendo em vista que a realidade que se constituiu não se identifica nem com a cultura original do povo nativo, nem com a de seus colonizadores. Criam-se características específicas, que se perpetuam no decorrer da nossa evolução e determinam nossos traços atuais. Segundo ele, o Brasil ainda “não tomou forma” (idem), se referindo a essa flagrante convivência simultânea entre o arcaico e o novo.

Frequentemente justifica-se como inevitável o período da colonização brasileira, no entanto a naturalização desses acontecimentos oculta às razões que impulsionaram realmente esse processo de exploração, razões que ultrapassam as circunstâncias impostas pela discutível concepção de “desenvolvimento”. Por isso a necessidade de buscar um passado tão longínquo, pois ele instrumentaliza a análise sobre as formas de organização social e política de tempos recentes, seus limites e possibilidades.

Como mencionado anteriormente, o único interesse de Portugal e vários outros países do continente europeu era ampliar seus comércios. Apesar de Portugal ter sido o primeiro a lançar-se ao mar, foi a Espanha que primeiro aportou na América. Atrás deles, outros países também embarcarão na procura por novos mercados. Principalmente França, Inglaterra, Holanda e outros países da Europa que eram favorecidos pela sua localização geográfica (PRADO JR., 1942).

A iniciativa de povoamento surge apenas a partir da constatação pelos portugueses de que precisariam criar bases capazes não só de organizar o comércio, mas também, desbravar terras brasileiras, naquela época ainda tão primitivas (PRADO JR., 1942, p. 24).

Prado Jr. acentua os distintos significados entre a colonização na América do norte e América do Sul. Se na primeira, os motivos são baseados substancialmente em questões de divergências políticas e religiosas. Os interesses que motivaram a colonização na América do Sul são exclusivamente econômicos. Comandada por ações com sentido único exploratório no processo de transformar o Brasil em uma empresa comercial destinada a alimentar o mercado exterior (Idem, 1942, p. 28).

Uma vez que os objetivos foram determinados, os portugueses poderiam avançar com seu projeto de povoamento. Entretanto resistiram a enfrentar as condições climáticas de um país tropical, muito diferente da vida na Europa. Exceto a experiência das colônias inglesas onde em proporção mínima alguns colonos tiveram de se sujeitar ao dispêndio da sua força de trabalho até que fossem totalmente substituídos no início do século XVII pela mão de obra escrava. Toda vastidão das colônias restantes foi povoada por práticas violentas contra negros importados da África e índios, submetidos a trabalhos forçados. (Idem, 1942)

Considerando todos esses aspectos da formação social brasileira, Prado Jr. (1942) aponta para o surgimento de uma sociedade singular. Tendo em vista a realidade brasileira que ao longo da história avança na direção do desenvolvimento de um sistema originariamente mercantil, sem romper com a lógica da colonização. Mantém sua produção destinada às exigências exteriores e sem valorizar o modo de vida já existente no Brasil e suas necessidades específicas.

Simultaneamente, enrijeceram-se características primitivas no que concerne à estrutura das relações sociais, políticas e à cultura que se

estabeleceu. Toda a nossa evolução foi pautada nessas origens, que se perpetuam até hoje na forma em que os sujeitos se organizam coletivamente. “É com tal objetivo, objetivo exterior, voltado para fora do país e sem atenção a considerações que não fossem o interesse daquele comércio, que se organizarão a sociedade e a economia brasileira.” (PRADO JR., 1942, p. 32)

Além de Prado Jr., outros autores também analisam as características controversas da evolução do Brasil diante do movimento de expansão do capitalismo. Francisco de Oliveira critica o conceito de subdesenvolvimento tratado como consequência histórica e afirma que o subdesenvolvimento é produzido pelo capitalismo.

Em seu livro, *Crítica à razão dualista*, propõe uma discussão sobre o percurso da economia brasileira e as propostas que procuram superar o dualismo cepalino, mas que não conseguem romper com ele. Dessa forma evita uma análise superficial das contradições geradas pelo sistema capitalista e ao mesmo tempo não reduz o debate a uma interpretação economicista que oculta as relações sociais presentes na construção da economia brasileira. “O “economicismo” das análises que isolam as condições econômicas das políticas é um vício metodológico que anda de par com a recusa em reconhecer-se como ideologia” (OLIVEIRA, 2003, p. 30).

Ressalta que não se trata de ideologias opostas, e sim da mesma compreensão política apenas com argumentos diferentes. Se de um lado os intelectuais revelavam a capacidade destrutiva do modo de produção capitalista, de outro os economistas se esforçavam para justificar a dificuldade dos países latino-americanos de acompanhar o processo de modernização conservadora. O modelo Cepalino foi incapaz de ultrapassar suas propostas reformistas e seus opositores incapazes de uma contribuição significativa para a produção teórica dos países latinos americanos (Idem, 2003, p. 31).

Prado Jr. (1942, p. 10) destaca que a coexistência dos aspectos primitivos e modernos “constituíram os fundamentos da nacionalidade brasileira” (Idem). O povoamento determinado por fatores econômicos, as relações sociais da forma como se estabeleceram na colônia, uma vida social estruturada com elementos próprios e a formação de um povo que não se apropriou do processo de construção

dessa identidade. Levando a uma “atitude” mental coletiva particular” (Idem).

Francisco de Oliveira (2003, p. 33-34) também analisa a articulação entre o arcaico e o moderno, e aponta que na verdade o segundo se alimenta do primeiro, tornando-os interdependentes, o que chamará de “*unidade de contrários*”. Porém não entende essa ambiguidade como uma particularidade brasileira, pois está presente em praticamente todos os sistemas fundados no modo de produção capitalista.

Para ele, a teoria do subdesenvolvimento é funcional aos interesses de determinada classe para legitimar seu projeto hegemônico de sociedade. Garante a aprovação do povo na implementação de planos desenvolvimentistas, tratando o “atraso da economia brasileira” como problema central a ser combatido para que o Brasil fosse capaz de acompanhar a globalização do capital. Numa interpretação economicista, o aumento das taxas de crescimento propiciaria melhores condições de vida às pessoas (Idem, 2003, p. 33-34).

O autor contesta a definição da situação econômica brasileira que resume o subdesenvolvimento a uma anomalia natural no processo de evolução da sociedade pressupondo que será superado pela expansão do capitalismo. Tendo em vista que essa definição descarta as particularidades históricas das economias periféricas. Como a influência do passado colonial, do trabalho escravo e sua finalidade única de alimentar a mercado exterior.

De fato, o país já possui os elementos necessários para produzir riqueza, entretanto não consegue atingir o mesmo nível de acumulação das economias de capitalismo avançado “[...] o país se define pelo que não é, ou seja, pela condição subdesenvolvida, que já não se aplica, e pelo modelo de acumulação, que não alcança” (OLIVEIRA, 2003, p. 15). Em consequência não consegue eliminar suas discrepâncias sociais.

Dessa forma, contrariando a ideia de subdesenvolvimento como “atraso”, na verdade foram mantidas aquelas características arcaicas que aceleravam o processo de acumulação, como por exemplo, as precárias relações de trabalho, salários baixos e poucos investimentos em políticas sociais. Como justificativa, o crescimento econômico, que nesse caso, equivale ao proporcional crescimento das desigualdades sociais (Idem).

1.2 - Formação social e a relação com os processos de modernização tardia

A elaboração de Prado Jr. (1942) sobre a formação social brasileira contribui muito para compreender as particularidades do processo de transição da Colônia para a concepção de Nação. Ressalta as contradições que o modo de organização do período colonial enrijeceu ao longo da evolução de seu povoamento, iniciado no século XV. A questão da nacionalidade se coloca como um impasse diante da forma como se constituíram as relações sociais e o processo de auto reconhecimento dos sujeitos.

Segundo Prado Jr. (1942), a colonização significou a agregação de diferentes raças (índios, africanos e europeus) dentro de uma mesma organização social, no entanto sem estabelecerem uma unidade nacional. Prevalendo a cultura dos brancos (colonos) em detrimento da cultura dos colonizados, que se encontrava aquela altura, menos consolidada. Chamará atenção para a “ausência de nexos moral” originária da colônia.

A interação entre os sujeitos se resumia apenas ao nível das relações de trabalho, “constituem-se unidades e grupos incoerentes que apenas coexistem e se tocam” (Idem, 1942, p. 341). Portanto não elaboram uma vida em comum, praticamente toda destinada ao trabalho servil. Sendo essa especificidade da formação social responsável pela dificuldade de criação de uma identidade nacional brasileira, problema que nos atravessa até os dias atuais.

Caio Prado (1942, p. 342) faz a distinção entre os que participavam do modo de organização principal da vida na colônia, e os que permaneciam à margem desse sistema. Os que estavam inseridos na dinâmica central, baseada no trabalho escravo, faziam parte do núcleo orgânico. E os segmentos que foram excluídos desse processo, pertenciam ao núcleo inorgânico da sociedade. Aquele em que as atividades desempenhavam papel secundário na economia, mais voltadas para o mercado interno e com pouca tecnologia. A agricultura de subsistência e a pecuária são exemplos deste tipo de produção.

O aspecto importante ressaltado pelo autor é que a escravidão se constituiu como único setor organizado nesse período. Mesmo aque-

les que ousaram não aceitar o regime colonial, por conta da falta de organização própria, acabaram se tornando reflexo da própria colônia. O vínculo que estruturou as relações sociais brasileiras foi a exploração e violência. A vida social se reproduzia nas formas coloniais de hierarquia e individualismo, tanto no sentido econômico, quanto no sentido político (Idem, 1942, p. 344).

Ainda que tenha terminado o regime escravista e a independência política tenha sido declarada, essas transformações ocorreram de cima para baixo. Ou seja, sem a participação das classes subalternas durante o processo, sem o questionamento e reflexão sobre as contradições da formação brasileira, portanto sem que estas entendessem o que determinou tais mudanças. Com isso, a fragmentação da colônia se reatualiza a cada necessidade de organização coletiva (RIBEIRO, 2014).

A economia continuou dependente, ainda voltada para a exportação e endividada por conta dos empréstimos com os bancos. Dessa forma, apesar dos avanços provocados pelo salto de industrialização durante o século XX, o país permanece condicionado à conjuntura internacional e reproduzindo as formas mais rudimentares de relações de produção (SCHWARZ, 2009, p. 34).

O esgotamento do sistema colonial a partir do fim do século XVIII é analisado por Caio Prado como algo inerente aos processos de acumulação primitiva, pois àquela altura já havia uma parte da população que não era incorporada na estrutura da colônia. “[...] incoerência e instabilidade no povoamento, pobreza e miséria na economia, dissolução nos costumes, inércia e corrupção nos dirigentes leigos e eclesiásticos.” (PRADO JR, 1942, p. 356)

Sendo assim, Prado Jr. atribui esses aspectos à própria lógica da concentração de riquezas, não como resultado de uma modernização tardia, pelo contrário, como parte importante para o desenvolvimento das sociedades pré-capitalistas. Essa discussão faz parte da preocupação de pensadores que marcaram o início da tradição crítica brasileira trazendo uma releitura da formação social para explicar as consequências da implantação do capitalismo no Brasil. Mais tarde, outras interpretações como a de Roberto Schwarz, Paulo Arantes, Antonio Candido e Sérgio Buarque de Holanda darão continuidade a essa tradição.

1.3 – O sentido da modernização

Alguns pensadores reformularam a teoria crítica a partir do capital em seu estágio desenvolvido. No caso dos países periféricos, articulam-se as contradições do sistema colonial com os processos de modernização destrutiva. É importante pensar seu passado violento e subalterno para compreender suas especificidades diante do quadro de esgotamento das formas capitalistas no mundo contemporâneo.

De acordo com Kurz (1982), o amplo desenvolvimento das forças produtivas provocada pela concorrência em seu processo de dinamização da economia caminha para a eliminação de seu próprio fundamento, o trabalho abstrato. A única saída para as economias periféricas foi recorrer aos empréstimos do FMI e Banco Mundial, mantendo sua histórica dependência financeira.

Quanto mais alto o nível mundial da produtividade, tanto mais intensidade de capital exige a produção e tanto mais alto e impagável para a maioria dos países pobres é o custo dos investimentos, que muitas vezes já se desvalorizam no momento em que deveriam induzir produções capazes de aparecer no mercado. (KURZ, 1982, p. 172)

Desse modo, essa estratégia nem de longe se apresentou como uma solução nem tampouco como opção. Em último caso serviu apenas para reajustar as formas capitalistas de produção por meio de um desenvolvimento endividado, por não conseguir desenvolver a economia de mercado na mesma proporção que cresciam os juros da dívida. Elaborando uma combinação entre modernização e atrasos simultâneos (VALLE; QUEIROZ; MACEDO, 1979).

Chico de Oliveira compara a evolução do Brasil a um ornitorrinco, no sentido de que agrega várias características distintas que em conjunto tornam-se algo peculiar, único, específico, pois não se compara a nenhum outro ser vivo. Assim como o capitalismo brasileiro não se compara a nenhum outro, por mais que outros países da América Latina também tenham experimentado processos de inserção semelhantes. “O ornitorrinco capitalista é uma acu-

mulação truncada e uma sociedade desigualitária sem remissão.” (OLIVEIRA. 2003, p. 150)

Apesar do avanço tecnológico, principalmente após a Terceira Revolução Industrial, com a microeletrônica, a economia brasileira mantém formas primitivas de dispêndio da força de trabalho. Como o autor coloca, se a Segunda Revolução Industrial possibilitou a expansão e o acúmulo de capital devido à necessidade de desenvolvimento das forças produtivas, a Terceira Revolução pelo contrário, proporcionou uma reestruturação produtiva que precarizou as condições de trabalho, promovendo a desregulamentação dos contratos de trabalho, terceirização, desemprego, e todas as formas de flexibilização defendidas pelo pensamento neoliberal.

As determinações mais evidentes dessa contradição residem na combinação do estatuto rebaixado da força de trabalho com dependência externa. A primeira sustentou uma forma de acumulação que financiou a expansão, isto é, o subdesenvolvimento, conforme interpretado neste Crítica à razão dualista, mas combinando-se com a segunda produziu um mercado interno apto a consumir cópias, dando como resultado uma reiteração não virtuosa. (OLIVEIRA. 2003, p. 143)

Oliveira (2003) chama de “trabalho abstrato virtual” todas as formas de trabalho criadas para atender a necessidade do capital de reduzir tempo de trabalho e aumentar a produtividade. Ou seja, o desenvolvimento das forças produtivas permitiu alcançar um nível de mais valia relativa no qual se perde a capacidade de calcular o tempo de trabalho socialmente necessário para produção. Na era digital o Brasil não inova na criação de seus produtos, que tendem a ser superados cada vez com maior agilidade pela concorrência.

O conceito de “modernização recuperadora” apresentado por Kurz evidencia que a substância mercantil do período colonial foi preservada apesar do empenho para a industrialização da produção. Com destaque para o elemento estatista que serviu para controlar e subsidiar esse processo de modernização, sem o qual, as economias periféricas entrariam em colapso. “Os pecados estatistas não eram nenhum

“erro”, mas sim uma necessidade involuntariamente aceita, para poder sobreviver ao menos durante algum tempo no invólucro do sistema mundial produtor de mercadorias”. (KURZ, 1982, p. 179)

Segundo Kurz (1982), trata-se de um sistema produtor de mercadorias com origem na acumulação primitiva. Com as mesmas características violentas, sendo a mão de obra escrava substituída pela força de trabalho assalariada. Seu aspecto recuperador na verdade só teve êxito na medida em que o desenvolvimento técnico-científico que transformou as forças produtivas ainda se encontrava em estágio embrionário. Provando gradativamente a perspectiva catastrófica de uma expansão capitalista sem limites.

O desemprego estrutural é um dos principais sinais de esgotamento de uma estrutura social que não consegue mais absorver os trabalhadores em sua produção de mercadorias. A esse exército que é repellido pelo sistema, Kurz (1982) chama “*sujeitos-monetários sem dinheiro*”. Por um lado “libera” os sujeitos de grande parte do gasto de energia humana, por outro mantém o gasto de energia como medida para o valor da produção. Fazendo com que o trabalho seja o único meio de acesso à riqueza, predominando a ética do trabalho como lógica social que dá sentido ao capitalismo. A forma mercadoria é imposta como condição social da reprodução material e nesse processo se autonomiza diante da sociedade através de uma abstração do valor objetivado.

Nesse sentido, a análise de Kurz sobre a função que o trabalho exerce no processo de modernização, mostra que ele só existe na estrutura da sociedade produtora de mercadorias e que ainda assim já não encontra espaço para se reproduzir e sustentar a máquina de acumulação de capital. Tal análise é importante para compreender as formas particulares que a modernização tardia adquiriu na economia brasileira, tendo em vista os ajustes impostos pelo mercado internacional para superação do “subdesenvolvimento”, numa perspectiva de colapso do capitalismo global.

Conservando a subordinação ao capital internacional, os impactos dos ajustes neoliberais em suas fases de oscilação entre o comando estatista e o monetarismo recaem sobre as massas que trabalham e interferem na construção da identidade e na organização política dessa classe (KURZ, 1982).

1.4 - Controvérsias no debate marxista sobre a formação brasileira

A partir da observação de que o modelo socioeconômico dos países europeus se constituiu de maneira distinta dos países latino-americanos, sendo os últimos marcados por processos de exploração e ditaduras, por esse motivo não podem ser pressupostas as mesmas necessidades para ambos. Esse pensamento surge como efeito das novas interpretações sobre as especificidades da formação social dos países da América Latina, que reconheciam os aspectos históricos que determinaram o seu desenvolvimento.

Sendo a base da teoria social crítica o pensamento marxista, precisamos destacar os debates que tiveram relevância na construção da identidade da esquerda brasileira e sua influência na vida da sociedade civil. Em razão de suas experiências em comum com outros países latino-americanos, é necessário enfatizar as principais correntes que representaram o marxismo nesse período. Lowy (1999) explica como elas foram absorvidas na América Latina, centradas principalmente na revolução socialista.

O autor divide essas discussões em três momentos: primeiro o período revolucionário (1920-1930), no qual a bandeira dos marxistas era a luta socialista, democrática e anti-imperialista. Segundo o período Stalinista (1930-1950), a luta era nacional-democrática e correspondia à ideia de revolução por etapas. E terceiro novamente um período revolucionário, marcado pela Revolução Cubana, predominando as concepções mais radicais e a luta armada (Lowy, 1999).

A maior dificuldade na incorporação do marxismo na América Latina foi, por um lado, tentar reproduzi-lo nos mesmos moldes que foram desenvolvidos na Europa sem considerar algumas particularidades latino-americanas, e por outro lado, negar completamente a sua possibilidade de servir para a revolução socialista na América Latina, devendo ser incorporado para posteriormente ser superado.

Alguns pensadores irão questionar essa análise eurocêntrica considerando as particularidades latino-americanas. Inspirados pelo método marxista chegam à conclusão de que a única forma de efetivar uma luta anticapitalista seria por meio da revolução socialista. Do contrário, pre-

valecerão as interpretações equivocadas sobre o (sub) desenvolvimento da América Latina. Que não consideram a colonização como fator determinante para a situação de dependência com relação aos países europeus (LOWY, 1999).

Para esta parcela do marxismo, a exemplo de Che Guevara, Mariátegui e Fidel Castro, era preciso adotar a ideologia socialista, enfrentar radicalmente o capital estrangeiro e abolir permanentemente as formas capitalistas. A realidade não precisava de uma luta antifeudal, mas sim anticapitalista.

Entre a esquerda brasileira ganhou espaço o projeto de revolução social europeu sem as devidas considerações da realidade política e econômica específicas dos países periféricos. Lowy (1999) apresenta elementos fundamentais para compreender de que maneira os movimentos populares de diversos países da América Latina, incorporaram o marxismo e influenciaram a formação dos Partidos Comunistas.

Os partidos comunistas surgem na década de 1920 como tentativa de uma interpretação marxista que iluminasse o caminho da revolução socialista. No começo norteados principalmente pelo documento da III Internacional, que demonstrava sua estratégia de revolução permanente voltada contra o capitalismo. Considerando uma aliança entre proletariado e campesinato, porém sem mencionar a ideia de feudalismo (LOWY, 1999).

A divergência de pensamento sobre a formação latino-americana e a interpretação enviesada da conjuntura política a nível internacional foi propulsora dos obstáculos que se apresentaram aos partidos comunistas. Desde a sua orientação política até a dificuldade de legitimação ideológica pela adesão das massas. Uma série de insurreições fracassadas durante a década de 30 levaram à ruína os movimentos da esquerda.

O partido comunista brasileiro também acreditava na existência de uma burguesia progressista, ideário completamente desfeito quando o governo Vargas lançou toda a repressão do Estado para impedir o levante armado da Aliança Nacional Libertadora liderado por Luís Carlos Prestes (LOWY, 1999).

Em tempo, se construíam outras teorias críticas. Alguns intelectuais brasileiros propõem uma análise trotskista para a esquerda latino-americana, o conceito de “revolução permanente”. Abandonava

a possibilidade de aliança com a burguesia nacional e mantinha sua luta democrática nacional, mas, sobretudo anticapitalista. Não obstante, no período de 1948-1954 com a emergência da Guerra Fria os partidos comunistas sofrem grande ataque repressivo militar. O que impediu a penetração do pensamento trotskista no cenário brasileiro (LOWY, 1999).

A luta armada sob o comando de Fidel Castro e Che Guevara, por exemplo, desempenhou papel importantíssimo na história do marxismo latino-americano. “As burguesias nacionais perderam totalmente a capacidade de resistir ao imperialismo – se algum dia a tiveram – e agora formam a sua retaguarda. Não há nenhuma alternativa: revolução socialista ou caricatura de revolução.” (LOWY, 1999, p. 46).

Daí a sua importância e referência para outros movimentos de inspiração marxista da América Latina, tornando-se um divisor de águas para a esquerda organizada e também para ampliar o estudo sobre a teoria de Marx e das ciências sociais como um todo.

No Brasil, o PCB enfrentou uma enorme ruptura de seu programa nacional-democrático ao ser colocado na ilegalidade pelo período da ditadura militar. Em decorrência, o aprofundamento da expansão do capital via métodos coercitivos e o endividamento do Estado, além da repressão às tentativas de organização política dos trabalhadores e da esquerda em geral (LOWY, 1999).

Apesar da forte repressão sofrida por qualquer questionamento ao poder dos militares ou associações coletivas livres, a esquerda conseguiu manter as suas produções teóricas e culturais, o que fortaleceu o movimento anticapitalista. Nos primeiros anos ainda era permitida a exposição de ideias socialistas, período no qual a esquerda começou a se organizar e influenciar o pensamento das massas. Como iniciativa para desestruturar o movimento e sufocar a inquietação provocada nos trabalhadores, a partir de 1968 os militares enrijeceram a censura (SCHAWRZ, 2009).

A produção de cultura despertada pelos intelectuais, artistas e estudantes da esquerda durante o período mais violento da ditadura penetrou na sociedade civil de maneira profunda e passou a ser considerada uma ameaça à autocracia burguesa instituída. Mas a fragilidade da esquerda na sua interpretação sobre o momento político e econômico

prejudicou à tomada de decisões do PC, principal referência do movimento operário. Este por sua vez, aderiu à concepção colaborativa entre trabalhadores e burguesia nacional. Legitimou o projeto populista da direita, que nunca esteve próxima de incorporar as reivindicações da classe operária em sua pauta liberal (SCHAWRZ, 2009).

A ideia de que imperialismo e capitalismo nacional não pertencem a duas lógicas distintas e sim duas esferas do mesmo princípio absoluto: lucro e exploração, foi elaborada pelos comunistas. Mas essa teoria, apesar de disseminar a ligação entre imperialismo e formas capitalistas nacionais não conseguiu romper com as alianças burguesas e ser executada no sentido combativo e revolucionário.

A luta pela reforma agrária dentro desse contexto de colaboração entre as classes levou a um processo de modernização burguesa que serviu somente as classes dominantes. Fez a manutenção da expropriação da terra pelo latifúndio e garantiu a expansão do mercado interno, tendo em vista os interesses de uma burguesia industrial nacional (SCHAWRZ, 2009).

Schawrz (2009) identificou no período de governo desde Vargas até o golpe no governo Goulart, uma “*deformação populista do marxismo entrelaçada com o poder*”. O fracasso do posicionamento do PC leva a esquerda a perceber que o problema não estava no direcionamento político embasado no marxismo, mas nos equívocos do partido na sua implantação pela via passiva.

Nessa perspectiva, o ideário socialista encontrava uma maneira de se reconstruir, buscando diversas formas de representar a crítica ao reformismo da nacional democracia. Expressava-se em movimentos populares de cultura, desde manifestações artísticas até programas de educação inspirados no método de Paulo Freire. A esquerda ganhava espaço na sociedade e se legitimava perante as massas. Enfim, surgiam aspectos pré-revolucionários no cenário brasileiro (SCHAWRZ, 2009).

Em seguida, o governo Goulart sofreu o golpe e a partir de primeiro de abril de 1964 instaurou-se uma ditadura no Brasil. Quando a sociedade civil parecia estar mais politizada e engajada em defender os interesses do movimento operário contra o capitalismo, repentinamente foi obrigada a se calar. O governo aliava-se ao imperialismo,

tendo em vista o desenvolvimento econômico do país voltado para a internacionalização do capital.

Os elementos do ornitorrinco então se refazem. Retoma o que existe de mais arcaico em sua estrutura política e cultural, e moderniza sua formação econômica. Ou seja, tenta acompanhar o mercado mundial desenvolvendo as forças produtivas, mas sem abandonar seus aspectos atrasados de economia periférica. Mas acima de tudo, essa dicotomia não persiste como consequência inevitável do processo de crescimento. Ela perdura por ser parte integrante e fundamental que sustenta sua base econômica e garante a expansão do capitalismo em caráter global.

Essa contextualização é importante para entender as particularidades do Brasil em sua inserção no capitalismo mundial e como esses aspectos históricos contribuem para o cenário de barbárie na realidade brasileira. Influenciados por quais experiências se formaram os sujeitos que vivem nessa sociedade. Pois a barbárie não é apenas uma herança pré-histórica, ela é intrínseca ao processo de modernização (MENE-GAT, 2019).

Os principais elementos da formação brasileira que determinaram a estrutura social do país foram: a expropriação violenta das terras, forçando negros e índios à escravidão, a imposição da cultura europeia como projeto civilizatório burguês, reformas sociais ocorridas pelo alto, acumulação de riquezas como princípio norteador da ocupação portuguesa e exportação de mercadorias como única função da colônia.

A falta de nexos moral apontada por Caio Prado (1942), como a convivência entre sujeitos orgânicos e inorgânicos dentro de uma mesma sociedade, é a principal causa do estado de barbárie (MENE-GAT, 2012).

Considerações finais

A partir do presente estudo é possível compreender as particularidades da formação social brasileira e a composição de suas segmentações no processo de desenvolvimento dependente do Brasil com as condições sociais contemporâneas. O objetivo do presente estudo foi alcançado, sabemos que o assunto não se exaure aqui, pelo

contrário, abre possibilidades de estudos futuros para melhor apreender o assunto.

Para assimilar a formação social brasileira foi necessário estudar o processo de modernização tardia, o desenvolvimento das forças produtivas e a revolução burguesa no Brasil, cujas configurações históricas possibilitaram o país se introduzir no modo de produção capitalista e com isso entender a desintegração desse sistema com a igualdade social.

O pensamento social brasileiro assegura que o atraso e a dependência brasileira são aspectos históricos que fortalecem a preponderância do capitalismo, cujo processo de modernização foi marcado pela subordinação da classe dominante brasileira pelo capital internacional, ao qual manteve uma minoria ignorante com os seus privilégios e liquidou com a classe trabalhadora.

Em tempo, se construíram outras teorias críticas que procuram analisar as contradições internas da formação social brasileira como expressão da contradição originária da sociedade capitalista. Portanto, não passível de resolução por dentro das suas formas econômicas e políticas já constituídas.

Dessa forma, resta claro que o Brasil, no contexto do capitalismo mundial, destaca-se pela existência de uma superexploração da força de trabalho, sendo necessário extinguir a prerrogativa de a classe dominante ser a principal dirigente sobre a nação para construir um projeto nacional popular e com isso possibilitar um movimento de superação.

Referências

KURZ, Robert. **O Colapso da Modernização**: Da derrocada do socialismo de caserna à crise da economia mundial. 2ª edição. Ed. Paz e Terra, 1992. 244p.

LÖWY, Michael. **O marxismo na América Latina**: uma antologia de 1909 aos dias atuais. Editora Fundação Perseu Abramo, 1999.

MENEGAT, Marildo. **A crítica do capitalismo em tempos de catástrofe**: o giro dos ponteiros do relógio no pulso de um morto. Consequência. 2019.

MENEGAT, Marildo. **Estudos sobre ruínas**. *Rio de Janeiro: Revan*, 2012.

MURAD, Larissa. **Expropriação e Resistência**: Produção de Cultura em Condições de Acumulação Primitiva. 2011. 168f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Escola de Serviço Social, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

OLIVEIRA, Francisco. **Crítica à razão dualista**; O ornitorrinco. Boitempo editorial, 2003.

PRADO JR., Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo**. 17^a Edição. Ed. Brasiliense, 1942. Pp. 19-32.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**. Global Editora e Distribuidora Ltda, 2014.

SCHWARZ, Roberto. **Cultura e Política**. 3^a edição. Ed. Paz e Terra, 2009. Pp. 7-58. (Coleção Leitura).

VALLE, Edenio; QUEIROZ, José J.; MACEDO, Carmen Cinira. **A cultura do povo**. Cortez & Moraes; EDUC, 1979.

OS MOVIMENTOS SOCIAIS BRASILEIROS E AS TRANSFORMAÇÕES OCORRIDAS EM VIRTUDE DA DITADURA MILITAR (1964-1985)

Lana Carrijo de Felipe Rodrigues

Daniel Luiz Pitz

Introdução

O objetivo geral deste artigo é analisar os impactos da ditadura militar brasileira (1964 a 1985) nos movimentos sociais e na busca por direitos, em especial demonstrar-se-á a ditadura militar como um acontecimento importante que marca o rompimento de um pensamento crítico que vinha se construindo e conquistando espaço na sociedade brasileira.

Procura-se demonstrar o que esse período de cerceamento da liberdade de expressão significou para reflexão crítica das massas e como influenciou os movimentos políticos após a redemocratização. Afinal, com o golpe de 64 os movimentos sociais foram sufocados pela repressão e durante mais de vinte anos viveram em silêncio, assolados pela sensação de medo constante, onde somente com a abertura democrática a partir de 1985 a sociedade retoma o debate interrompido e novos movimentos se destacam na cena política e na busca por direitos.

Portanto, surge o seguinte problema de pesquisa: Quais são os impactos da Ditadura militar brasileira nos movimentos sociais?

O conteúdo aqui exposto tem o escopo de colaborar com o pensamento crítico nesse campo, especialmente dentro dos movimentos sociais e da formação social brasileira.

A metodologia aplicada é a pesquisa bibliográfica e a sua técnica é a qualitativa, manuseando doutrinas clássicas e contemporâneas dentro e fora do Direito sobre os movimentos sociais e sobre a formação social brasileira como: Caio Padro Junior (1942) e (1966), Jacob Gorender (1987), Roberto Schwarz (2009), e Éder Sader (1988).

Na primeira seção desse artigo apresentaremos os impactos do processo de formação social do país na sua organização política.

Logo após, apresentaremos um panorama sobre a ditadura militar e seus possíveis impactos nos movimentos sociais e na reivindicação por direitos no Brasil.

2.1 - Os impactos do processo de formação social na organização política brasileira

A evolução social brasileira é fortemente marcada pelos aspectos que predominaram em seu período de descobrimento e sua construção histórica enquanto nação. Diversas características primitivas foram preservadas em uma sociedade que moderniza suas forças produtivas mantendo suas raízes em estruturas sociais arcaicas.

A expropriação da terra de forma violenta subjugou a população local às imposições de interesses externos. Impedidos de garantir a sua própria subsistência e de reproduzir sua cultura de origem são obrigados desde a colonização, a fazer parte de um “projeto civilizatório” burguês que tem como objetivo exclusivo produzir mercadorias para exportação. Lógica que se reitera com o avanço da industrialização na década de 40 e se consolida nos anos 50 com o programa desenvolvimentista de Juscelino Kubitschek (GORENDER, 1987, p. 13).

As bases do imperialismo estavam formadas, bem como o país havia agravado sua situação de dependência externa.

Nos anos 50, as dimensões do mercado interno, previamente criado pelo capitalismo nacional, já são da ordem de grandeza que o tornam atrativo às inversões maciças do capital estran-

geiro no âmbito da produção industrial. Os investimentos do Estado e do capital estrangeiro serão as alavancas principais do salto industrializante do quinquênio Juscelino Kubitschek (GORENDER, 1987, p. 15).

Em meio a esse processo de formação destrutivo, iniciou-se uma busca incessante pela modernização a qualquer custo. No entanto, sempre existiu uma pequena parte da população, sendo sua maioria formada por intelectuais, que analisa a mesma trajetória por outro prisma e identifica os enganos do passado através da leitura das estruturas atuais e tentando afastar teorias preconcebidas (GORENDER, 1987, p. 16).

Há uma parcela da sociedade que se opõe a essa sujeição, são grupos socialistas que resistiam às investidas do capital e buscavam outra forma de sociedade, a qual se intitula de esquerda. A principal influência política desses grupos eram os partidos comunistas. Os programas estabelecidos nos Congressos Internacionais Comunistas norteavam a ação da esquerda de modo geral, em todos os continentes (GORENDER, 1987, p. 17).

Sua capacidade de motivar o pensamento dos trabalhadores era de suma importância para garantir a legitimidade de seu projeto socialista e a legalidade do partido. Entretanto por conta de divergências teóricas e políticas, no decorrer da história várias rupturas ocorrem no interior dos partidos numa tentativa de redirecionar os objetivos, tendo em vista a inviável aplicabilidade da teoria revolucionária brasileira às práticas dos movimentos. Segundo Prado Jr. (1966) era extremamente necessário refletir sobre a especificidade brasileira e definir um novo referencial teórico que iluminasse as decisões a serem tomadas de um ponto de vista mais adequado à nossa realidade.

O PC do Brasil, por exemplo, em 1962 por conta de desentendimentos políticos, dividiu sua militância entre o Partido Comunista Brasileiro (PCB) e o Partido Comunista do Brasil (PCdoB). Expressavam nas siglas diferentes orientações políticas. Enquanto o primeiro submetia-se a via pacífica, acreditando em uma revolução nacional-democrática, o segundo acreditava no caráter radical da revolução socialista (KONDER, 2003).

A cada novo passo da história ficava mais do que comprovado o quanto desconectado estavam os programas comunistas da dinâmica brasileira. Apostavam no desenvolvimento do capitalismo como uma etapa a ser superada visando alcançar uma sociedade economicamente menos desigual. Os partidos comunistas seguiam os modelos revolucionários da Ásia e Europa. Sendo que a realidade brasileira apresentava uma história diferente.

Segundo Gorender (1987), a nossa burguesia já se encontrava muito mais consolidada, dispondo de diversos elementos destinados à inserção do imperialismo, pois a formação social e econômica do Brasil se deu nessa perspectiva: a expansão do sistema capitalista. Portanto nossas bases sempre foram capitalistas, por isso já estavam preparadas desde o início para esse momento de crescimento econômico.

A insistência em combater as influências exteriores através da aliança com uma suposta burguesia progressista comprometida com o desenvolvimento social do país, fez com que importantes características da estrutura socioeconômica brasileira não fossem consideradas pelos dirigentes dos partidos comunistas. A obstinação em eliminar os resquícios de um modo de produção feudal impediu a esquerda de perceber que a transição do trabalho escravo para o trabalho assalariado, no Brasil, não passou pelo feudalismo (PRADO JR, 1966).

A formação social brasileira pulou esta etapa, assim o sistema escravocrata foi substituído logo a seguir pelo sistema capitalista. As relações escravistas dão lugar a trabalhadores “livres” que vendem a sua força de trabalho em troca de alguma remuneração que atenda suas necessidades, seja dinheiro, mercadorias, moradia ou alimentação. No entanto não houve nessas relações terras partilhadas pelo senhor feudal e trabalhadas pelo servo para sua própria subsistência. Característica essa essencial no feudalismo, onde o dono da terra se apropria de parte da produção dos camponeses de forma autoritária (PRADO JR, 1966).

O campesinato brasileiro não apresenta características feudais como identificado nos países europeus. As lutas pela terra estão mais próximas das reivindicações da classe trabalhadora urbana por melhores condições de vida e trabalho do que de um possível feudalismo. Ressaltando que a posse da terra não era compartilhada com o camponês

para sua própria produção, havia prestação de serviços do camponês ao proprietário da terra, ou seja, venda da força de trabalho, semelhante ao das indústrias (PRADO JR, 1966). Como podemos observar neste trecho de Caio Prado:

Trata-se entre nós, pelo menos naquelas instâncias de real significação econômica e social no conjunto da vida brasileira, de simples relação de emprego, com remuneração in natura do trabalho. Isso é, com o pagamento da remuneração do trabalhador com parte do produto, a metade, na meação; duas terças partes, na terça. A nossa parceria assimila-se assim antes ao salariado, e constitui, pois, em essência, uma forma capitalista de relação de trabalho (PRADO JR. 1966, p. 29).

Em síntese, a diferença primordial entre o feudalismo e a situação rural brasileira é a relação do camponês com a terra. Se no primeiro ele mesmo organiza a sua maneira de produzir apesar de estar submetido às exigências do proprietário. No caso brasileiro o camponês se torna empregado, onde a terra é apenas o meio por onde se efetiva a exploração do trabalho, ou seja, não possui vínculo direto com a terra (PRADO JR, 1966).

Não cabe para os objetivos deste trabalho maior aprofundamento sobre a questão da luta no campo, entretanto é importante seu destaque por ser um dos aspectos particularmente brasileiros que considerado pelos reformistas, um problema anacrônico, foi conveniente ao capital para conservar relações de trabalho servis em proveito do desenvolvimento econômico.

Relembramos que foram aquelas empresas comerciais com a intenção de expandir seus mercados via marítima que consolidaram as estruturas capitalistas em nossa sociedade. Por esse motivo a luta anti-imperialista possui aqui um obstáculo a mais que nas outras economias que não passaram por essa experiência, enfrentar as contradições internas primeiramente.

É importante destacar as origens da formação brasileira na tentativa de expor que a transição do escravismo para o capitalismo desenvolvido foi um processo autoritário e sem nenhuma participação popular. Esse

processo, conforme análise de Prado Jr. (1942) determina o desenrolar da história e tem rebatimentos na organização social contemporânea e na interpretação dos movimentos sociais quanto à inserção brasileira no sistema capitalista mundial.

2.2 - Ditadura Militar: um marco na história da esquerda brasileira

Entendemos que a ditadura militar foi um acontecimento histórico que provocou mudanças estruturais na sociedade brasileira no âmbito político, econômico, social e principalmente cultural. Significou a ruptura de um processo de construção ideológica acerca do desenvolvimento capitalista e suas contradições imanentes. Tratando-se de um marco para a análise da nossa formação social. “São muitas as ambiguidades e tensões nesta construção. O veículo é moderno e o conteúdo é arcaico, mas o passado é nobre e o presente é comercial; por outro lado, o passado é iníquo e o presente é autêntico” (SCHWARZ, 2009, p. 29).

O período pré-golpe (61-64) foi assinalado pela tensão da luta de classes mais eminente e ameaçador para a direita. Com o governo Goulart em vários momentos viabilizando os interesses das massas, ainda que através do populismo, a conjuntura política esteve diversas vezes a favor da insurreição pela esquerda. Apesar disso, esta se absteve da luta, e dedicando-se pouco em disseminar os problemas políticos entre a classe trabalhadora acabou por abrir espaço para o projeto de revolução burguesa. Acreditou-se mais em um projeto de conciliação entre classes do que na luta de classes conforme o marxismo sempre sustentou.

Algumas ações de Jango para legitimar seu governo perante o povo desagradaram o latifúndio nacional e o capital estrangeiro, pois defendiam as reformas de base. A iniciativa de regulamentar a posse da terra foi uma delas. Além da retenção nas taxas de crescimento que haviam sido impulsionadas na década anterior e que contrariou os interesses dos donos das indústrias (SCHWARZ, 2009).

Firmado por tais insatisfações ergueram-se as bases para um golpe de estado planejado pela aliança entre militares, burguesia nacional e internacional contra a ameaça de uma possível revolução socialista. A

burguesia nacional não estava disposta a renunciar seus privilégios de classe em benefício de um desenvolvimento econômico alinhado ao desenvolvimento político e social.

A hegemonia da liderança nacionalista burguesa, a falta de unidade entre as várias correntes, a competição entre chefias personalistas, as insuficiências organizativas, os erros desastrosos acumulados, as ilusões reboquistas e as incontinências retóricas – tudo isto em conjunto explica o fracasso da esquerda. Houve a possibilidade de vencer, mas foi perdida (GORENDER, 1987, p. 67).

Soma-se a essa conjuntura, a propensão de uma vida social mais crítica, através da inserção de jovens estudantes e intelectuais nos movimentos de cultura popular. Transmitiam à sociedade as contradições sociais existentes no país e a importância da luta contra o imperialismo e o capital nacional. A esquerda começava a penetrar nas formas de pensar a realidade, ao mesmo tempo que preocupava a ala conservadora. O clima de difusão das ideias socialistas principalmente no campo da política determinou as condições que levaram ao golpe militar que destituiu Jango do poder e decretou um regime autoritário (GORENDER, 1987, p. 68).

Segundo Gorender (1987) a história talvez poderia ter sido escrita de outra forma caso a esquerda tivesse se empenhado em reagir rapidamente contra o golpe. Já Caio Prado Jr. (1966) ressalta que existiram condições favoráveis para a iniciativa de uma revolução socialista, no entanto a conjuntura naquele momento não possibilitou organização coletiva suficiente para uma resistência ao golpe. Além da falta de fundamentação teórica, não havia ainda naquele tempo histórico elementos que permitissem orientar uma ação diferente da esquerda.

Castañeda (1994) ao falar sobre os impactos das influências exteriores no socialismo brasileiro ressalta a dicotomia do PCB ao concentrar seus esforços sempre para fora do país e esquecendo-se de mobilizar e unificar a esquerda nacional. Ao incorporar em excesso o modelo soviético de revolução, sacrificou as possibilidades de fortalecer um movimento de massas que negasse sua dominação externa buscando a

emancipação política. “Superestimou sistematicamente tanto sua força no movimento popular quanto a capacidade do governo para impedir um levante militar. Aconselhou moderação na reforma e a conservação das instituições existentes” (CASTAÑEDA, 1994, p. 43)

Ao apresentar o panorama político latino americano, Castañeda (1994) ressalta o importante papel desempenhado pela esquerda no decorrer da história, pela sua capacidade de resistir a tantos ataques e perseguições e ainda assim possibilitar avanços para o movimento. Apesar de muitas vezes ter feito uma leitura equivocada da realidade e ser lançado ao descrédito, de alguma forma foi capaz de enfrentar regimes autoritários que assolaram diversos países da América Latina (Brasil, Argentina, Cuba, Uruguai, Chile, Bolívia, Nicarágua, Peru, Guatemala e Paraguai).

No Brasil, a experiência da ditadura militar modificou consideravelmente a formação da identidade cultural do povo e elaboração coletiva a respeito dos acontecimentos históricos. Impediu a reflexão dos segmentos populares quanto à sua subordinação ao imperialismo e excluiu sua participação nos momentos decisórios. Compreender as relações de poder implícitas se tornou cada vez mais difícil (CASTAÑEDA, 1994).

Justamente no período que a sociedade parece estar elaborando um pensamento crítico sobre as estruturas sociais e econômicas impostas, um golpe de estado interrompe esse processo de politização da cultura e abre caminho para interpretações distorcidas da realidade brasileira. Os movimentos sociais de esquerda foram silenciados.

Nesse contexto dos vinte anos de ditadura, surgem como possibilidade de resistência, diversas manifestações culturais através das artes cênicas (Teatro de Arena e Teatro Oficina) e da música popular brasileira (Tropicália). Bem como ocorrem algumas insurreições de movimentos sociais que na maioria das vezes expressavam apenas reação, como identifica Schwarz (2009).

Como medida preventiva contra o levante dos partidos e qualquer manifestação que incentivasse a organização da sociedade civil, houve o agravamento de uma política econômica que retirava direitos dos trabalhadores e sufocava as possibilidades de contestação da ordem estabelecida (SCHWARZ, 2009).

A proibição do direito à greve, a colocação dos sindicatos na ilegalidade, etc., fez com que ocorressem grandes manifestações populares reivindicando melhores condições de vida, contra o governo autoritário e as atrocidades cometidas. A passeata dos Cem Mil em junho de 1968 ficou conhecida como uma das principais representações da sociedade civil. Ainda no mesmo ano o Ato Institucional nº5, no governo Médici, acirrou o regime. Prisões, torturas e sumiços aconteciam sem que nenhuma investigação fosse levada adiante (SCHWARZ, 2009).

A situação da esquerda depois do golpe era de revisão dos programas e mudanças de referências para elaboração das estratégias de enfrentamento ao imperialismo. Todas elas visando fundamentalmente a inversão de poderes, da classe burguesa pela classe trabalhadora, ficando à margem dos movimentos sociais o questionamento sobre os elementos que sustentam esse modo de produção que tem como objetivo a mundialização do capital: o trabalho, a mercadoria e o dinheiro (SCHWARZ, 2009).

Os movimentos seguem nesse processo de reorganização para superar o período em que viveram na clandestinidade e sofrendo com as formas mais violentas possíveis de coerção. A extrema censura nos meios de comunicação e espaços públicos reconfigurou o conceito de cultura e individualizou a ação e o pensamento.

O capitalismo para se desenvolver precisa controlar também a produção de cultura, como forma de garantir a manutenção de sua hierarquia de classes criando padrões favoráveis à sua reprodução. A partir disso manipula as práticas coletivas reinterpretando a relação das pessoas com o mundo e a representação de sua sociabilidade. Na sociedade do consumo o acesso à riqueza torna-se elemento central na vida dos sujeitos (VALLE; QUEIRÓZ; MACEDO, 1988, p. 37).

Portanto, seguindo essa lógica, os movimentos sociais lutam por melhores condições de vida, valorizando a cultura conforme os moldes apresentados acima. Sendo assim, ao reivindicar a regulamentação do salário e garantia da oferta de emprego (inclusive no campo), a esquerda legitima as categorias do modo de produção capitalista.

Consequentemente não é capaz de analisar a raiz dos problemas sociais brasileiros por uma ótica que avalie o passado criticamente (sem influências de teorias pressupostas por experiências exteriores) e con-

sidere as tendências do futuro sem reduzir a complexidade das relações sociais à correlação de forças entre classes sociais opostas (VALLE; QUEIRÓZ; MACEDO, 1988, p. 39).

Embora o término do período ditatorial possibilitasse a reelaboração dos impactos sofridos, a apatia que havia se instaurado se manteve. O processo de redemocratização pôs fim também ao período de maior efervescência política na história da esquerda. Muitos movimentos sociais e partidos foram dizimados, jornais e revistas que apoiavam a esquerda foram fechados definitivamente, perdendo-se um importante elo de influência entre o movimento e as massas (VALLE; QUEIRÓZ; MACEDO, 1988, p. 40).

O povo brasileiro possui a característica peculiar de estar permanentemente adaptando-se às exigências externas, valorizando a cultura do outro e submetendo-se a condições desumanas, não dispondo de um projeto próprio de sociedade. O fato é que todas as transformações históricas ocorreram de maneira verticalizada, de cima para baixo, criando uma nação incapaz de pensar criticamente sobre os fatores que determinam a sua própria existência (RIBEIRO, 1995, p. 250).

Conforme expõe Darcy Ribeiro (1995, p. 251):

Ao contrário do que ocorre nas sociedades autônomas, aqui o povo não existe para si e sim para outros. Ontem, era uma força de trabalho escrava de uma empresa agromercantil exportadora. Hoje, é uma oferta de mão-de-obra que aspira a trabalhar e um mercado que aspira a consumir.

Este trecho do livro de Darcy Ribeiro faz referência à incapacidade do capital nacional, que apesar de desenvolver as forças produtivas visando se inserir na economia mundial, não é capaz de absorver toda a força de trabalho disponível e nem de alcançar os mesmos níveis de rentabilidade dos países europeus.

Do mesmo modo, o autor aborda as particularidades da formação social brasileira, através do conceito da *transfiguração étnica*. No qual ressalta que a cultura de um povo pode vir a ser eliminada por conta das circunstâncias a que são submetidas. Ao serem obrigados a abdicar de

seu modo de fazer, pensar e agir estão ao mesmo tempo reproduzindo formas alheias (RIBEIRO, 1995, p. 251).

A configuração de uma sociedade industrial, e com ela o surgimento de diversos segmentos que vão questionar as suas contradições e lutar por uma realidade diferente, não é suficiente para romper com séculos de existência subordinada à cultura da civilização do ocidente. É nesse horizonte que os movimentos sociais de esquerda caminham a partir de meados da década de 60, buscando reunir forças políticas capazes de interagir entre si e refrear os avanços da direita, tendo em vista o combate da desigualdade econômica brasileira.

2.3 – Os movimentos sociais pós-64

A década de 70 no Brasil foi marcada por um período de mudanças na organização política, principalmente a partir da segunda metade, em que a sociedade civil volta a aparecer no cenário político e retoma as contestações até então reprimidas pela ditadura.

As manifestações populares ganham novos significados e são vistas como forma de resistência. Ficando para trás a apatia que envolvia os movimentos sociais e rompendo o silêncio que predominava desde o golpe de 64. Foi a partir da busca por novos referenciais teóricos, que as concepções sobre Estado e Sociedade começam a ser reelaboradas (SADER, 1988).

A ideia de que as transformações sociais sempre ocorreram de cima para baixo, ou seja, surgindo a partir das exigências do Estado, abre espaço para discutir a política para além do Estado, na qual os protagonistas serão os sujeitos da sociedade civil. Esse pensamento começa a mobilizar a reorganização da sociedade (SADER, 1988). Entretanto, essa visão reitera uma característica histórica dos movimentos sociais de colocar o Estado como elemento central, pelo qual seria possível alcançar reformas estruturais na organização social.

A emergência de novas práticas coletivas modifica a configuração das relações sociais de maneira profunda e determinante, de modo que surge uma nova classe social diferente de todas as existentes até então, dispondo de novos valores e orientações políticas. “Anunciava-se o aparecimento de um novo tipo de expressão dos trabalhadores, que

poderia ser contrastado com o libertário, das primeiras décadas do século, ou com o populista, após 1945” (SADER, 1988, p. 36).

Essa nova fase dos movimentos sociais é marcada pela forte oposição ao Estado, a partir do entendimento que seu posicionamento não é neutro, tendo em vista seu papel fundamental de facilitador das relações de produção capitalistas. Porém lutar contra ele, solicitando sua intervenção não possibilita transformações estruturais, contesta as contradições do capitalismo mas ao mesmo tempo favorece sua reprodução.

Sader (1988) critica as explicações que se dedicam apenas em contextualizar os acontecimentos através de características específicas das classes sociais no intuito de situar os movimentos na história, porque dessa forma não desvendam realmente a essência dos fatos. Bem como, podemos dizer que não é suficiente ter conhecimento sobre a existência de um passado colonial. Devendo-se entender quais motivações levaram os indivíduos a estabelecerem tal forma de sociabilidade em determinada época, permitindo elaborar o real significado dos movimentos sociais em diferentes tempos históricos.

Os movimentos sociais são resultado das relações entre os sujeitos, movidos por sua cultura, inclusive pelos conflitos (SADER, 1988). Portanto não podem ser analisados somente como consequência da conjuntura histórica. É preciso considerar certa autonomia dos movimentos sociais no que se refere à sua capacidade de organização diante dos problemas enfrentados.

Para o período pós-ditadura, as condições puramente estruturais apresentadas naquele momento por si só não explicam as manifestações que afloravam em diversos setores populares, desde as donas de casa que reclamavam o preço dos alimentos até os operários das indústrias de base que reivindicavam melhores salários (SADER, 1988).

A luta dos trabalhadores por reformas econômicas, políticas e sociais que lhes garantam o trabalho, sendo esse a base estruturante da sociedade capitalista, na verdade reafirma as formas capitalistas e as suas relações de poder ao invés de negá-las. Essa visão dos movimentos revela como se deu a construção coletiva sobre a própria realidade social. No contexto de uma sociedade que conforme discutida por Prado Jr. (1942) e Oliveira (2003), se moderniza mantendo bases arcaicas.

Na sociedade moderna, os sujeitos são dominados por formas de existência abstratas que, através da sua capacidade de criar necessidades, fetichiza a ausência de sentido do processo de produção de mercadorias. Os movimentos que aparecem nesse estágio do capital mais desenvolvido nascem entre os trabalhadores assalariados que fazem parte desse processo, portanto suas reivindicações começam quando o capital já não consegue suprir tais necessidades (KURZ, 1992).

A luta passa a ser para que o capitalismo se desenvolva, ao invés de ser contra seus avanços, como nos movimentos anteriores à ditadura. Impera o ideário “fazer o bolo crescer para depois reparti-lo”, inclusive os programas colaborativos e reformistas dos novos movimentos irão caminhar nesse sentido. Conforme expõe Sader (1988, p. 42) “quem pretender captar a dinâmica de movimentos sociais explicando-os pelas condições objetivas que os envolvem e poupando-se de uma análise específica de seus imaginários próprios irá perder aquilo que os singulariza”.

Desse modo, são as formulações de sentido que os sujeitos dão às suas práticas coletivas que levam à organização das classes sociais em torno de vivências em comum. Por isso a necessidade de resgatar a subjetividade que realizou acontecimentos importantes na história da formação social brasileira. Além das elaborações subjetivas que ganharam materialidade nos modos de produção, no trabalho, na mercadoria e por fim no dinheiro.

Sader (1988) analisa ainda os movimentos que ocorreram no estado de São Paulo durante a década de 70, dando ênfase para o Novo Sindicalismo que foi responsável pela retomada do caráter reivindicativo dos sindicatos que haviam sofrido um esvaziamento por conta da repressão do regime militar. Nesse contexto a experiência do sindicato dos metalúrgicos é relevante por marcar a emergência de um novo tipo de organização social, engajada com as lutas dos trabalhadores.

Se até a metade dos anos 70 o discurso dos sindicatos era em torno da colaboração com o governo, a partir de meados da mesma década as ações são redirecionadas para a mobilização das bases. A mediação de conflitos entre trabalhadores e governo, que alinhava os interesses dos trabalhadores em benefício do desenvolvimento das indústrias, dá lugar aos enfrentamentos contra o governo em defesa do salário digno para o trabalhador (SADER, 1988, p. 194).

Em São Paulo ocorrem as primeiras experiências dessa reformulação dos movimentos dos trabalhadores. O novo sindicalismo surge como oposição à estrutura sindical da maneira como estava organizada, com destaque para as Indústrias Metalúrgicas. Desde o golpe militar os sindicatos estavam sob intervenção, com a intenção de manter o controle dos trabalhadores e coibir qualquer tentativa de contestação da ordem (SADER, 1988).

A partir de 1974 os dirigentes do sindicato incorporam a luta por melhores condições de trabalho de uma forma geral e pela participação política nos rumos da economia, dando ênfase ao trabalho de mobilização das bases. A tentativa era de recuperar a credibilidade dos trabalhadores ao serem representados pelo sindicato (SADER, 1988).

O povo externou sua insatisfação com as condições de vida, e a questão salarial tornou-se apenas ponto de pauta da greve. Mais importante foi a capacidade de organização e representatividade desse Novo Sindicalismo, provou que os sujeitos podem reelaborar os fatos do passado e conseqüentemente atribuir-lhes outros sentidos (SADER, 1988, p. 193).

Além do que o autor aponta para uma especificidade dos movimentos da década de 70 que apesar de se constituírem de modo fragmentado, eram capazes de analisar as diversidades sem serem conduzidos por estruturas dadas e influências externas, mantendo suas identidades. Esse período foi marcado por movimentos sociais que buscavam acima de tudo autonomia, as reivindicações emergiam como força social contrária à lógica existente (SADER, 1988, p. 195).

O elemento novo nesses movimentos era a forma como foi interpretado pelos próprios integrantes. Os trabalhadores abandonam a apatia que pairava sobre a sociedade e são motivados pela vontade de defender seus interesses, principalmente acreditam que resistir aos ataques do governo e dos empresários seja o melhor caminho para conquistar seus objetivos (SADER, 1988).

Ou seja, a experiência dos debates no sindicato permitiu a formulação de uma identidade coletiva para o movimento operário. E as pequenas conquistas do movimento contribuíram para reafirmar a importância da articulação das bases para o fortalecimento da organização. Essas transformações operaram um novo significado na confi-

guração de sujeitos políticos, imprimindo formas de compreensão da realidade e representação peculiares.

Essa mudança de rumo no processo de construção política da classe trabalhadora é essencial para discussão sobre os movimentos sociais, porque evidencia a interrupção de um quadro político repressivo, a qual só se tornou viável pela pressão exercida pelos trabalhadores. No entanto, como já foi ressaltada, a ditadura militar deixou marcas profundas na sociedade. “Trauma histórico, vivido como derrota, como frustração, como desengano, que afeta as formas prévias de expressão do movimento operário” (SADER, 1988, p. 248).

As comissões de fábrica criadas pela oposição sindical representaram uma dessas organizações de resistência e luta. Responsáveis por significativas conquistas para os trabalhadores através da mobilização das bases nas fábricas. Constituíram-se enquanto movimento autônomo em relação ao sindicato, no sentido de pressionar a negociação com os patrões. Procuravam estratégias que lhes permitisse driblar a austeridade do sindicato, as ocupações preparadas nos anos 78-79 tinham esse objetivo. No entanto encontraram muita dificuldade para obter o apoio do sindicato e acabaram sendo derrotados (SADER, 1988).

Até a década de 70 as reivindicações da população eram representadas principalmente pelos partidos comunistas, orientados pelo pensamento socialista. Após diversos golpes, a esquerda enfraquecida não oferece mais risco à lógica vigente e nem esperanças de uma vida melhor para a sociedade. O surgimento do movimento sindical em defesa das condições de trabalho, mais uma vez reafirma as categorias do sistema capitalista, sem que este seja questionado em sua magnitude.

Por isso Sader (1988, p. 259) considera um marco a emergência de novos personagens no cenário político nesse período. Os valores incorporados já não condiziam com os que nortearam as revoluções socialistas, as lutas não são contra a mais valia e a propriedade privada, essas categorias foram mascaradas pelo desenvolvimento tecnológico e pela produção de mercadorias.

Konder (2003, p. 88) também salienta os impactos do esgotamento do modelo soviético nos movimentos socialistas, alertando que:

Ao que tudo indica, os socialistas do mundo inteiro não dispõem mais de “modelos” para se orientarem. Cada partido, cada grupo tem de criar soluções novas para seus problemas; tem de propor medidas que não decorrem de nenhuma doutrina e não estão prescritas por nenhuma receita anterior.

Apesar da experiência da oposição sindical em São Paulo e outras experiências do movimento operário ocorridas no país, a tentativa de construção de um movimento autônomo, do ponto de vista ideológico e cultural, não se constituiu de forma plena. Sendo assim, não conseguiu reproduzir seus objetivos sem o cerne da institucionalização do movimento. Essa centralidade nas instâncias burocráticas tem como resultado a despolitização da questão social (KONDER, 2003, p. 89).

Em tempo, por mais que a esquerda volte a ter espaço para defender sua política, ficaram algumas lacunas no decorrer de sua formação que dificultam a compreensão da lógica que sustenta as bases do sistema capitalista e obscurece a objetividade do que reproduz condições de existência tão desiguais e desumanas. Romper com determinadas categorias e avistar um novo horizonte exige reaprender os processos históricos através de uma perspectiva radicalmente crítica.

Considerações finais

A partir do presente estudo é possível compreender que a organização política da esquerda, os partidos comunistas desempenharam um papel importante durante o período em que tiveram influência sobre as massas (1920-1960), sendo responsáveis pela disseminação do marxismo latino-americano entre os movimentos sociais brasileiros. No entanto por algumas vezes não empregaram devida atenção às particularidades da formação social e a relação peculiar de sua origem com o processo de expansão capitalista.

Posteriormente o Brasil passou por um longo período de repressão com a instauração da ditadura militar, que significou a interrupção do processo de politização da cultura que vinha ganhando espaço, e o silêncio opressor aos movimentos contestatórios. Foram vinte anos de repressão violenta que resultaram em uma sociedade civil apática.

Desse modo, os movimentos sociais que surgiram nessa fase de reestruturação das organizações coletivas que haviam sido dizimadas pelo regime, possuem outras características, muito diferentes daqueles de princípios do século. Apesar de também emergirem como forma de resistência contra o capital e defenderem melhores condições de vida para os trabalhadores, não chegaram a se constituir como movimentos autônomos, tendo em vista a ausência de elaborações que ultrapassassem as formas sociais estabelecidas pelo capitalismo.

Diante o exposto, acredita-se que os movimentos políticos desse período reproduziram alguns problemas do passado, por mais que representem a quebra do silêncio e o retorno das manifestações populares. Permanece o questionamento do direcionamento político incorporado por esses novos personagens, principalmente no que se refere à sua orientação teórica e ao projeto de sociedade que se pretende conquistar.

Portanto, a natureza contestatória dos movimentos sociais brasileiros, muito influenciados pela história do movimento operário europeu, terminou por reproduzir anacronismos próprios do processo de expansão destrutiva do capital. Mesmo os movimentos que emergiram pós-64 na luta pela redemocratização, surgiram como movimentos de base sindicalista e com políticas essencialmente reformistas, travando suas lutas no sentido da garantia de direitos. Por outro lado, se mantiveram dentro da lógica capitalista, se afastando da pretendida luta anticapitalista.

Referências

CASTAÑEDA, Jorge G. **Utopia Desarmada**: Intrigas, Dilemas e Promessas da Esquerda Latino-Americana. 1ª edição. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1994.

GORENDER, Jacob. **Combate nas Trevas**. A Esquerda Brasileira: Das ilusões perdidas à luta armada. Ed. Ática, 1987. (Série Temas).

KONDER, Leandro. **História das ideias socialistas no Brasil**. Editora Expressão Popular, 2003.

- KURZ, Rorbet. **O Colapso da Modernização**: Da derrocada do socialismo de caserna à crise da economia mundial. 2ª edição. Ed. Paz e Terra, 1992. 244p.
- OLIVEIRA, Francisco de. **Crítica à razão dualista**; O ornitorrinco. Boitempo editorial, 2003.
- PRADO JR., Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo**. 17ª Edição. Ed. Brasiliense, 1942. Pp. 19-32.
- PRADO JR., Caio. **A Revolução brasileira**. Ed. Brasiliense, 1966.
- RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**. Global Editora e Distribuidora Ltda, 2014.
- SADER, Éder. **Quando Novos Personagens entraram em cena**: Experiências, Falas e Lutas dos Trabalhadores da Grande São Paulo 1970-1980. 5ª edição. Ed. Paz e Terra, 1988.
- SCHWARZ, Roberto. **Cultura e Política**. 3ª edição. Ed. Paz e Terra, 2009. Pp. 7-58. (Coleção Leitura).
- VALLE, Edenio; QUEIROZ, José J.; MACEDO, Carmen Cinira. **A cultura do povo**. Cortez & Moraes; EDUC, 1988.

ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA AS MULHERES: ANÁLISE DE VIVÊNCIAS NO MUNICÍPIO DE JOÃO MONLEVADE/MG

Ariete Pontes de Oliveira

Marina de Souza Castorino

INTRODUÇÃO

A violência contra as mulheres na sociedade brasileira atinge um grande número de vítimas, principalmente as negras e pobres. Segundo o Instituto Igarapé entre os anos de 2000 à 2017, 1,7 milhão de mulheres sofreram algum tipo de violência. Ainda segundo o instituto, no ano de 2017, 233,1 a cada 100 mil mulheres sofreram algum tipo de violência, sendo que dessas 38,9% são pardas e 8,9 negras. A desigualdade de gênero põe a mulher em desvantagem em comparação aos homens em diversas searas da vida, sendo esta fruto do patriarcalismo e conservadorismo que perdura por séculos em nossa sociedade.

A violência doméstica pode ser considerada como transgressão aos direitos das mulheres no âmbito familiar. São expressadas das mais diversas formas, como por exemplo agressão física, psicológica, sexual, patrimonial, moral ou qualquer outra conduta que vise controlar suas decisões.

Nos últimos anos, tal violência tem ganhado visibilidade, contudo a problemática perpassa por séculos, pois o machismo é uma questão estrutural. Socialmente são atribuídos aos homens privilégios em face

das mulheres. Numa leitura binarista ainda se fala em lugar de homens e lugar de mulheres.

Levando em consideração o princípio motriz do nosso ordenamento jurídico, que é a Dignidade da Pessoa Humana, é imprescindível analisar a situação da violência contra as mulheres a partir de um critério mais rigoroso, pois tais transgressões afetam a vida, a saúde e a dignidade das agredidas e de todos os seus familiares. Sendo assim, a problemática do artigo se traduz no seguinte questionamento: qual é a realidade da Delegacia das Mulheres na cidade de João Monlevade?

Dada a relevância do tema exposto, o presente artigo emprega o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica, operando a revisão bibliográfica e interdisciplinar do tema proposto. Alicerça ainda em uma pesquisa de campo, a fim de traçar a realidade do município mineiro, João Monlevade.

A temática se mostra importante, pois é tema atual e ainda demanda efetividade. Visa contribuir para o desenvolvimento e fomento de pesquisas, além de trabalhar na desconstrução do patriarcado e da violência doméstica. É importante salientar que a violência ocorre com mulheres naturais biologicamente falando e também com as transgênicas, neste sentido já existem entendimentos que as equiparam. Em resposta a estes levantamentos, os tópicos seguintes trazem definições importantes.

2. GÊNERO

Classificar os seres como pertencentes ao sexo masculino e feminino é uma mera distinção fisiológica, pois a anatomia humana é capaz de distinguir apenas o sexo. Sendo que o Gênero é um termo mais amplo, compreende a identidade da pessoa, como ela se sente, independentemente da sua fisiologia. Nessa perspectiva Santos (2010, p.5) aponta que “o corpo é essencial para definir a situação da mulher ou do homem no mundo, porém é insuficiente para defini-la enquanto mulher ou defini-lo enquanto homem”.

A identidade de gênero é a forma como cada um se enxerga e se aceita. Nesse sentido, o gênero de cada pessoa influencia vários aspectos da vida. Cita-se a visão que temos de nós mesmos e a visão e as expectativas que os demais têm de nós, sendo que a última está

intrinsecamente relacionada às escolhas e oportunidades que nos são apresentadas no dia a dia.

Para Praun (2011, p.9) o gênero é uma construção social, nesse contexto a autora aponta:

A identidade pessoal é construída na relação com o outro. Assim, o ser humano social se constrói pela palavra, pelo discurso dos outros. Ele constrói sua subjetividade a partir do que lhe é dito em suas relações com o outro. É a distinção orgânica que define a diferença entre o masculino e o feminino. Mas essa distinção se completa num sistema de relações sociais, dentro de contextos históricos, tendo como elemento fundamental a palavra, pois tudo o que é dito inscreve-se no sujeito.

Segundo Carloto (2001, p.1) a existência do gênero é fundamental, tendo em vista que:

A existência de gêneros é a manifestação de uma desigual distribuição de responsabilidade na produção social da existência. A sociedade estabelece uma distribuição de responsabilidades que são alheias as vontades das pessoas, sendo que os critérios desta distribuição são sexistas, classistas e racistas. Do lugar que é atribuído socialmente a cada um, dependerá a forma como se terá acesso à própria sobrevivência como sexo, classe e raça, sendo que esta relação com a realidade comporta uma visão particular da mesma.

Pode-se dizer que o gênero é uma distinção social, que vai muito além do masculino e feminino, busca a representação do indivíduo dentro do seu contexto social, sua cultura, religião, educação, dentre outros. O termo gênero deve ser utilizado para complementar o conceito de sexo, pois a identidade sexual não pode ser parametrizada, tendo em vista que cada pessoa se comporta/enxerga de uma forma dentro das relações sociais.

Contudo, em nossa sociedade a ideia de gênero é concebida apenas na distinção fisiológica, ou seja, masculino e feminino. Nesse sentido a Doutora em Psicologia Denise Falcke aponta que o gênero se tornou

uma marcação de poder, uma vez que historicamente a violência se revela nos conflitos de gênero. Quando se acredita que cada um tem um papel a ser desenvolvido de acordo com seu gênero, a mulher é vista como cuidadora enquanto o homem é visto como o provedor, esta ideia acaba por refletir no mercado de trabalho e conseqüentemente no poder e influência social. A partir dessa ideia foram estabelecidos papéis e lugares de homens e mulheres na nossa sociedade.

2.1 Cultura do patriarcado

A organização da sociedade se desenvolveu de forma que o homem ganhou notoriedade como base de toda a estrutura familiar e social, incrustando na sociedade a ideia de que as mulheres são inferiores aos homens. Dessa forma as mulheres são mantidas à margem da sociedade, sendo dominadas em diversas instituições como a familiar, a política e as sociais.

Nesse ínterim, Fonseca e Lucas (2006, p.05) salientam que “em função dessa prática, tem sido reservado à mulher o espaço doméstico, sob a justificativa de sua capacidade natural de ser mãe. Assim, o fenômeno da maternidade sofre uma elaboração social, favorecendo a crença de que cabe à mulher o cuidado e a socialização dos filhos”. Essa falsa ideia que os homens são superiores se sacramentou no imaginário da sociedade e até hoje as mulheres são vistas como inferiores e submissas aos homens, de forma com que as violências domésticas são ferrenhamente praticadas e aceitas como normais.

A maior parte dos casos registrados de Violência Doméstica são praticadas dentro dos lares e os algozes são familiares próximos. O Artigo Estratégico 45 aponta que em 64% dos casos os agressores eram pessoas próximas à vítima, sendo que em 22% dos casos eles eram companheiros e 7% os pais. Em linha semelhante o Instituto de Pesquisa do Data Senado (2017) trouxe que 41% das mulheres apontaram como autores da agressão o atual marido, companheiro ou namorado e outras 33% mencionaram o ex-marido, ex-companheiro ou ex-namorado como responsáveis pela violência.

Faz-se necessário repelir o ciclo da violência em seu início, as crianças devem ser ensinadas a respeitar umas às outras, independente

de qualquer situação. Luz (2015, p.3) acredita que a violência doméstica gerará uma sequência de eventos violentos caso não seja repelida. Aponta ainda que:

Muitas crianças cresceram vendo sua mãe sofrer violências pelo pai, ou companheiro. Muitas destas crianças acostumam-se com a ideia de poderio que o homem tem sobre a mulher, levando o menino a crer que terá esse poder sobre sua mulher quando formar família, e a menina a calar-se por acreditar a ser algo normal, gerando uma sociedade com princípios e ideais equivocados acerca da família.

Valores como empatia e respeito devem estar presentes nas famílias para que no futuro a cultura da violência, do machismo e do estupro, não sejam mais encaradas como algo normal. Para se conquistar mudanças na esfera social, é preciso que esta ocorra primeiro no campo individual. Para tanto, é primordial políticas públicas para superar as desigualdades e promover a defesa dos direitos da mulher.

Dentre as políticas públicas, é essencial fomentar aquelas que busquem romper esse conceito enraizado de desigualdade de gênero. A desconstrução ideológica somente ocorre a longo prazo. Nesse ínterim, a temática deve ser debatida na escolas desde a educação infantil, Hooks (2018, p.46) defende que “A literatura infantil é um dos locais cruciais para a educação feminista, para a conscientização crítica, exatamente porque crenças e identidades ainda estão sendo formadas”.

O desenvolvimento cultural e social dos indivíduos inicia-se no convívio familiar e nas experiências com a comunidade, mas é na escola que estas relações se intensificam e se organizam. Nesse sentido, uma educação básica voltada ao respeito às diferenças tem potencial para superar dilemas e gargalos da sociedade, incluindo a violência doméstica.

3. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A violência doméstica pode ser classificada como qualquer ação ou omissão de caráter físico ou psicológico de um membro do núcleo familiar ou de afeto em detrimento à mulher.

De acordo com o Centro de Estudos Judiciários (2016, pág.24) a violência doméstica pode ser compreendida como:

[...] atos e comportamentos dirigidos contra a mulher que correspondem a agressões físicas ou sua ameaça, a maus tratos psicológicos e emocionais, a intimidação e a coação, a abusos ou assédios sexuais, ao desrespeito dos seus direitos na esfera da vida reprodutiva ou da cidadania social.

A violência doméstica é uma realidade presente, mesmo que de forma velada, em diversos lares. Um dos fatores impeditivos para a denúncia da violência doméstica é o fato de estar associada ao contexto familiar. As vítimas, inúmeras vezes se sentem culpadas pela violência e não têm coragem de denunciar o agressor, pois temem por suas vidas. Nesse sentido o livro Panorama da violência contra as mulheres no Brasil: indicadores nacionais e estaduais, aponta que:

Violência contra mulheres, especialmente a violência doméstica, envolve questões afetivas e emocionais importantes. Afinal, em geral, o agressor é companheiro da vítima, pai de seus filhos, o que dificulta o rompimento da relação afetiva, mesmo em um contexto de violência. É verificada, em muitos casos, uma tendência de a vítima não tomar qualquer atitude contra o agressor, por se culpar pela violência sofrida, por esperar que o comportamento violento cesse, ou, ainda, por temer pela sua integridade física ou de seus filhos.

O livro Política Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres (2011, p.3) destaca que:

A violência contra mulheres constitui-se em uma das principais formas de violação dos seus direitos humanos, atingindo-as em seus direitos à vida, à saúde e à integridade física. Apesar de ser um fenômeno que atinge grande parte das mulheres em diferentes partes do mundo, dados e estatísticas sobre a dimensão do problema ainda são bastante escassos e esparsos.

A violência doméstica está a cada dia atingindo níveis maiores de brutalidade, por isso deve ser encarada como um problema de saúde

de pública e que demanda um procedimento diferenciado. De acordo com o levantamento realizado pelo Instituto Igarapé, de todas as mulheres agredidas no ano de 2017, em 56,3% dos casos foi utilizada a força física e em 11,7% algum tipo de arma branca.

Assim, o Estado deve tratar essa problemática sob a ótica dos direitos humanos e fundamentais, primando sempre pela Dignidade da Pessoa Humana. Nos tópicos a seguir será apresentada a violência doméstica no arcabouço jurídico brasileiro.

3.1 Violência doméstica no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Até o ano de 2006 o Brasil não possuía uma lei específica que versasse sobre a proteção e amparo às mulheres. Entretanto, em 07 de agosto de 2006 foi sancionada pelo então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva a lei n° 11.340, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, criada com o objetivo de punir com mais rigor os agressores da mulher no âmbito doméstico e familiar. Seu ponto de partida foi a história da cearense Maria da Penha Fernandes, vítima de duas tentativas brutais de homicídio pelo seu ex-marido Marco Antônio Herredia Viveros. Foram dezoito anos e meio de luta, até que finalmente foi criada a lei que trataria especificamente dos casos de violência contra mulher. (ALVES, 2018)

A lei 11.340/06 traz nos seus artigos alguns conceitos importantes sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher. No seu artigo 5° aponta quais atos se configuram como violência doméstica e familiar, vejamos:

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

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

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

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Apesar da Lei apontar em seu texto que tutela as mulheres “pessoas do sexo feminino”, a Comissão de Constituição e Justiça do senado federal aprovou em maio de 2019 o projeto de lei 191/2017 que inclui os transgêneros e transexuais na tutela da Lei Maria da Penha.

O Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar um Habeas Corpus (HC) 137.888 reconheceu que os agressores não poderão gozar das legislações capazes de amenizar sua pena, como por exemplo, o cumprimento de penas alternativas em casos de crimes de menor potencial – crime de lesão corporal. Reconheceu também ao julgar o HC 106.212 que a Lei 11340/06 deve ser aplicada em casos de contravenções penais, como o delito de vias de fato, altamente presente em nossa sociedade, devendo as mesmas serem analisadas e processadas no âmbito da Lei 11340/06.

Tais decisões visam dar legitimidade à lei a partir de preceitos que ressaltam a busca pela garantia da igualdade social, pois homens e mulheres ainda não possuem igualdade formal. A paridade só poderá ser alcançada através de mecanismos que coloquem os grupos mais vulneráveis em condições efetivas de igualdade, objetivando assim, corrigir o desequilíbrio de direitos.

Em suma, entende-se que as decisões proferidas pelo STF têm como finalidade resguardar a segurança e dignidade da mulher, considerando a historicidade de violências sofridas e os altos números de violações de direitos registrados na atualidade. Contudo, há de se ponderar que a criação da Lei Maria da Penha por si só não garante sua efetividade, por isso é fundamental que o Estado crie mecanismos que garantam seu cumprimento e tratem integralmente os problemas da violência doméstica.

Mesmo sem efetividade plena em todos os seus aspectos a Lei Maria da Penha é de máxima importância no enfrentamento da violência doméstica, pois desenvolve um papel intimidativo e educativo para com o agressor. A lei objetiva ainda, que os ofensores repensem suas ações, a fim de melhorarem suas relações humanas e a maneira como tratam seus semelhantes, ou seja, prima pelo caráter educativo em detrimento ao punitivo.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226, § 8º aponta que o “Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Nesse sentido, pode-se afirmar que uma das formas de garantir essa assistência foi a criação da lei 11.340/06.

4. ESTUDO DE CASO EM JOÃO MONLEVADE/MG

João Monlevade é Município interiorano de Minas Gerais, localizado a leste da capital mineira, Belo Horizonte, possuindo uma população estimada de 79.910 habitantes.

Para apurar a realidade da violência doméstica no Município de João Monlevade, no que tange as dificuldades para prevenir e minimizar os efeitos da violência contra as mulheres, foi realizado um questionário com a delegada Monique Moraes Bicalho, responsável pela Delegacia das Mulheres, situada na Rua Bernardino Brandão, n° 180, apartamento/cobertura, bairro Rosário, em João Monlevade/MG. Esse questionário preocupou-se em apontar ainda como agir e quais os requisitos necessários para processar as denúncias recebidas.

Inquirida sobre os motivos que levam a violência doméstica a estar tão presente em nossa sociedade, a Delegada ponderou: “Acredito que a cultura machista está enraizada em nossa sociedade, perpassando ao longo dos anos a ideia de que a mulher é um objeto, um sujeito desprovido de direitos, devendo apenas satisfazer as vontades de seus companheiros. Acredito ainda que questões financeiras e emocionais influenciam nessa dependência”. Tal fala corrobora com o entendimento da Procuradora de Santa Maria/RS, publicado na revista IHU on-line vejamos:

[...] “a dependência econômica, né, até em relação ao local pra morar, a classe mais baixa geralmente não tem ali, enfim, eu acho que isso inibe mais, né. Mas... E a mulher de uma classe social mais alta, eu acredito que seja assim, a vergonha pode ser uma fator que impeça mais, pela questão de estar mais preocupada com o que a sociedade vai pensar, com que... com que os amigos, com o que a família vai pensar.

A delegada Monique salienta em relação às denúncias “É fundamental que a vítima compareça à Delegacia para formalizar a ocorrência. Em muitas vezes a vítima é chamada à Delegacia, mas por razões diversas não comparece.” Apontou ainda que algumas denúncias são feitas por terceiros, mas é mais comum a própria vítima denunciar.

Questionada sobre as medidas efetivamente tomadas para minimizar a violência contra as mulheres no Município de João Monlevade, e se elas são suficientes, colocou que: “A Polícia Militar atua de forma preventiva com palestras nas escolas, faculdades, e entidades de forma geral. Temos um longo caminho a percorrer para que as ações preventivas realmente se tornem eficientes”.

No que se refere aos índices da violência doméstica, apontou que: “A violência contra a mulher de uma forma geral aumentou, seguindo os índices nacionais. Contudo o feminicídio que é uma realidade nacional, não acontece em João Monlevade desde 2016, quando foi constatado o último caso”. Tal dado é promissor, considerando que segundo o Instituto Igarapé entre os anos de 2015 e 2018 mais de 17 mil mulheres foram assassinadas no Brasil.

No que tange ao tratamento dispensado a vítima, a Delegada foi questionada se os profissionais envolvidos, principalmente as recepcionistas que realizam o primeiro atendimento, possuem alguma formação específica para tal. Ela disse que “não, mas todos são orientados a tratar as vítimas com respeito e humanidade”.

Por fim, foi inquirida se os órgãos/entidades envolvidos em casos de violência doméstica são integrados e se existem dificuldades de comunicação entre eles. A delegada afirmou que “Os órgãos não são integrados, mas almejamos essa realidade”.

Existem delitos como a ameaça, que são apurados mediante representação da vítima. Contudo, corriqueiramente esta se desintereza pelo prosseguimento do feito, seja porque se reconciliou com o agressor ou por medo de retaliação. Essa atitude impede a efetiva punição do agressor e reproduz a sensação de impunidade e morosidade da Justiça.

De acordo com matéria publicada no jornal A Notícia (junho/2019) a violência contra a mulher na cidade de João Monlevade é substancialmente alta, os dados utilizados na matéria foram fornecidos pela 17ª Companhia de Polícia Militar Independente de João Monlevade.

No ano de 2017 foram registrados 572 (quinhentos e setenta e dois) casos de violência doméstica contra a mulher. Dos tipos de agressão, a violência física destacou-se com 280 (duzentos e oitenta) casos (48,95%), violência psicológica com 208 (duzentos e oito) casos (36,36%), violência patrimonial 41 (quarenta e um) casos (7,34%), violência moral 36 (trinta e seis) casos (6,29%) e violência sexual 5 (cinco) casos (0,87%).

No ano seguinte, 2018, a violência contra as mulheres estatisticamente apresentou uma ligeira queda, foram registrados 519 (quinhentos e dezenove), no qual a violência física somou 225 (duzentos e vinte e cinco) casos (49%); violência psicológica: 187 (cento e oitenta e sete) casos (36%); violência moral: 7 (sete) casos (1%); violência sexual: 2 casos (1%); e violência patrimonial: 68 casos (7%).

Esses dados são representativos apenas das denúncias recebidas, não representando a realidade de fato. A maior parte dos casos não são denunciados, pois depende da manifestação da vítima. Deve-se considerar ainda que a ofendida pode registrar ocorrências na própria Delegacia Civil, que é a responsável por investigar e apurar as denúncias.

A partir do questionário e dos dados divulgados pelo jornal A Notícia nota-se que a violência mais frequente no Município é a física, aquela compreendida como qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher. Contudo, devemos fazer o seguinte questionamento: será que as medidas adotadas para prevenir a violência doméstica estão sendo efetivas?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista a dificuldade da desconstrução da historicidade do estereótipo machista no Brasil, nota-se que a violência contra as mulheres é problema complexo e multifacetário que demanda um constante aprimoramento das políticas públicas de prevenção.

Tomando o Município de João Monlevade como amostragem representativa da população brasileira, percebe-se que as ideologias patriarcais/machistas ainda estão presentes em nossa sociedade. Até mesmo a Delegacia das Mulheres que é um ambiente em que elas deveriam se sentir amparadas e acolhidas é atravessada pela falta de preparo dos profissionais, o que reforça nossas percepções iniciais que mesmo com o destaque dado ao tema nos últimos anos, não há efetividade no seu combate.

Verifica-se nas falas da Delegada que ainda não há um comprometimento ideal para com as vítimas, pois nem mesmo os recepcionistas possuem um treinamento específico para fazer o primeiro atendimento que demanda um cuidado especial e leve em consideração a sensibilidade da mulher agredida.

Por outro lado, nota-se que o município já atua de forma positiva realizando palestras e orientando crianças e jovens nas escolas, primando pela desconstrução do estereótipo machista e pela desmistificação da naturalidade com que é tratada a violência contra a mulher. Percebe-se ainda, que Delegacia das Mulheres desenvolve um trabalho de prevenção ao feminicídio, conseguindo nos últimos quatro anos não registrar nenhum óbito, indo de encontro aos índices nacionais que apresentaram um aumento alarmante do número de casos.

Nota-se que o Município de João Monlevade está trabalhando no combate a violência doméstica, contudo ainda há muito o que se fazer, considerando que a violência contra as mulheres é problema que afeta vários lares brasileiros e deixa inúmeras vítimas. É importante destacar que a criação da Lei Maria da Penha por si só não garante sua efetividade, sendo fundamental que o Estado adote políticas públicas para garantir o cumprimento da referida lei.

REFERÊNCIAS

- Agressão física lidera o índice de violência contra a mulher em Monlevade. **A Notícia**, João Monlevade, 14 jun. 2019. Polícia. Disponível em: <<http://www.anoticiaregional.com.br/noticia.asp?id=11394>> Acesso em: 05/11/2019.
- ALVES, Thiago Alex Silva. **A Lei Maria da Penha Completo**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/65125/a-lei-maria-da-penha-completo> > Acesso em 08/11/2019.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. LEI MARIA DA PENHA. Lei N.º11.340, de 7 de agosto de 2006.
- CARLOTO, Cássia Maria (2001). **O conceito de gênero e sua importância para análise das relações sociais**. Revista de Serviço Social, 10(2), 201-213
- CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. **Manual pruridisciplinar” Violência Doméstica: implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenômeno**. Disponível em: < <https://www.cig.gov.pt/2016/04/manual-violencia-domestica-implicacoes-sociologicas-psicologicas-e-juridicas-do-fenomeno/>> Acesso em 03/09/2019.
- FONSECA, Paula Martinez da. LUCAS, Taiane Nascimento Souza. **Violência doméstica contra a mulher e suas consequências psicológicas**. 2006. Disponível em: < <http://newpsi.bvs-psi.org.br/tcc/152.pdf>> Acesso em 15/10/2019.
- HABEAS CORPUS 106.212. Mato Grosso do Sul. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=-TP&docID=1231117>> Acesso em 20/11/2019.
- _____. 137.888 MATO GROSSO DO SUL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC137888RW.pdf>> Acesso em 20/11/2019.

HOOKS, Bell. **O feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

INSTITUTO IGARAPÉ. **Sistema de saúde no Brasil**. Disponível em: < https://eva.igarape.org.br/health_system/br> Acesso em 29/03/2020.

LUZ, Jessica Paloma Neckel. **Mulher e história: A luta contra a violência doméstica**. Disponível em: < <https://jessicapalomaneckelluz.jusbrasil.com.br/artigos/217241864/mulher-e-historia-a-luta-contra-a-violencia-domestica>> Acesso em 15/10/2019.

Panorama da violência contra as mulheres no Brasil [recurso eletrônico]: indicadores nacionais e estaduais. – N. 1 (2016) – Brasília: Senado Federal, Observatório da Mulher Contra a Violência, 2016-.

Política Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres. Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres. Secretaria de Políticas para as Mulheres – Presidência da República. Brasília, 2011

PRAUN, Andrea Gonçalves. **Sexualidade, gênero e suas relações de poder**. Disponível em: < <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/download/1641/1302>> Acesso em 03/09/2019.

SANTOS, Juliana Anacleto dos. **Desigualdade Social e o Conceito de Gênero**. Disponível em: < <http://www.ufjf.br/virtu/files/2010/05/artigo-3a7.pdf>> Acesso em 03/11/2019.

SANTOS, João Vitor. REVISTA IHU ON-LINE. **Violência de gênero é mais do que o homem agressor e a mulher vítima**. Disponível em: < <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/576814-violencia-de-genero-e-mais-do-que-o-homem-agressor-e-a-mulher-vitima>> Acesso em 29/03/2020.

Violência contra a mulher, Brasil. 2. [recurso eletrônico]: Políticas públicas, Brasil. I. Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Observatório da Mulher Contra a Violência. março.2018

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR CRIMES AMBIENTAIS E A TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO

Allane Lima de Moura

Introdução

Com a expansão das sociedades pós-industriais adveio a preocupação sobre a proteção ambiental, que engloba tanto a preservação, quanto a repressão penal de condutas lesivas. Nesse diapasão, muitas dessas condutas são praticadas por pessoas jurídicas. No entanto, a responsabilização penal da pessoa jurídica é um assunto que gera mundialmente grandes debates na doutrina, inclusive no Brasil. Sendo que aqui, a porta para sua instituição foi aberta pela Constituição Federal de 1988, que consagrou o preceito de meio ambiente ecologicamente equilibrado num viés preventivo, de modo que o primeiro cuidado é evitar o dano. Em seu art. 225 trouxe instrumentos para tutelar bens naturais, mas a efetivação dessa responsabilidade veio com a Lei nº 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), numa linha repressiva, que tratou sobre os crimes ambientais, seguindo a autorização constitucional para criminalização de pessoas jurídicas que pratiquem condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Em vista disso, o objetivo do presente artigo é fazer uma breve análise histórica sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, que é um tema polêmico e recorrente no direito penal contemporâneo.

Num primeiro momento, é analisada a teoria contrária e a favorável para aplicação dessa forma de responsabilização, bem como o rumo adotado pela Constituição Federal de 1988. Posteriormente, passa-se a análise da Lei nº 9.605/98, onde se encontram as sanções aplicáveis a pessoa jurídica que infrinja regras ambientais. Por fim, é explanada a teoria da dupla imputação e apresentados os posicionamentos dos nossos Tribunais Superiores.

A metodologia foi abordada com o método dedutivo, de abordagem qualitativa, auxiliada da revisão bibliográfica como técnica primária de pesquisa, uma vez que foram subjetivamente analisadas e interpretadas as informações colhidas por meio de pesquisa bibliográfica referente a livros e artigos elaborados com teor científico. Como fontes de pesquisa, foram utilizadas legislação, julgados dos Tribunais Superiores e fontes doutrinárias específicas sobre o tema. E os resultados parciais obtidos mostram a superação da referida teoria antes adotada pelos tribunais pátrios.

1. Breve análise histórica sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica

A responsabilidade da pessoa jurídica perante a seara criminal sempre foi um tema polêmico na doutrina. No Direito Romano, a corrente que predominava era a de que sociedades não podiam praticar crimes, consolidado no preceito *societas delinquere non potest*, expressão em latim que significa “a sociedade não pode delinquir” e que está ligada a Teoria da Ficção, defendida no fim do século XVIII por *Feuerbach* e *Savigny*. Sobre essa teoria, explica Gianpaolo Poggio Smanio (2004, p. 173):

[...] a pessoa jurídica é uma criação artificial da lei e, como tal, não pode ser objeto de autêntica responsabilidade penal, que somente pode recair sobre os reais responsáveis pelo delito, os homens por trás das pessoas jurídicas.

Em contrapartida, deve-se mencionar a teoria defendida por *Otto von Gierke*, chamada Teoria Organicista, ou da realidade. Nessa, a ideia é de que a pessoa jurídica é um ente autônomo, com vontade

própria e natureza jurídica distinta das que possuem os seus membros, podendo então cometer infrações penais.

Contudo, prevaleceu dominante por séculos a Teoria da Ficção, em especial nos países da família jurídica romano-germânica ou Civil Law e essa foi a teoria mais acolhida até o fim do século XX (DINO NETO et al, 2011, p. 28). Mas a França, no ano de 1992, com a entrada de seu novo Código Penal, optou por consagrar a responsabilidade penal da pessoa jurídica e isso acabou instigando outros países a aceitação da possibilidade.

É importante destacar que essa receptividade surgiu com a globalização econômica, que também expandiu o direito penal no fim do século XX, como forma de solucionar problemas das sociedades pós-industriais, com o surgimento de novas ameaças, intuição de insegurança e a descrença em outras instâncias de proteção (SANCHEZ, 2002, pp. 75-78).

Todavia, a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica foi e ainda continua sendo criticada por boa parte da doutrina. Nesse sentido, preconiza Luiz Gracia Martín (2011, p. 120):

Las personas jurídicas, en cambio, no pueden ser destinatárias de las normas de determinación, pues carecen de capacidad de acción. Destinatarios de tales normas serán únicamente las personas físicas titulares del órgano o que ejercen la representación de la persona jurídica. [...] sin embargo, no puede deducirse, a mi juicio, que la persona jurídica sea capaz de realizar la acción típica.

Bem como explica o renomado penalista brasileiro Cezar Roberto Bitencourt (2016, p. 302): “A capacidade de ação, e de culpabilidade, exige a presença de uma vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual, que somente o ser humano pode ter.” Portanto, apesar de muitos países passarem a acolher a possibilidade de se responsabilizar penalmente a pessoa jurídica, houve a discordância de grandes doutrinadores a nível mundial, que em linhas gerais defenderam a carência de capacidade de ação e de culpabilidade.

2. A responsabilidade penal da pessoa jurídica na Constituição Federal de 1988

Aqui no Brasil, o Código Penal de 1890 previa a responsabilidade penal de modo pessoal, assim sendo, a pessoa jurídica não podia cometer infrações penais, conforme redação do seu art. 25:

Art. 25. A responsabilidade penal é exclusivamente pessoal.

Paraphrased unico. Nos crimes em que tomarem parte membros de corporação, associação ou sociedade, a responsabilidade penal recahirá sobre cada um dos que participarem do facto criminoso.

O texto não fora aproveitado pelo Código Penal de 1940, tampouco por sua reforma em 1984, mas a corrente de pensamento se manteve tanto na doutrina quanto na jurisprudência. No entanto, a Constituição Federal de 1988 superou de maneira expressa o posicionamento de que pessoa jurídica não poderia cometer crime, pois no § 5º do art. 173 preceituou:

Art. 173. [...]

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, **nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular** (grifo do autor).

Acontece que a previsão legal de que trata o § 5º ainda é ausente, existindo apenas a autorização constitucional para a imputação, mas sem lei específica que a estabeleça. O que pode ser evidenciado na Lei 8.078/1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor, bem como na Lei 8.137/1990, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e por fim na Lei 8.176/1991, que define crimes contra a ordem econômica, uma vez que nenhuma dessas leis concretizou a responsabilização penal à pessoa jurídica nos crimes contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Entretanto, a Constituição da República de 1988 não parou por aí, no § 3º do art. 225 sucedeu o entendimento quanto a responsabilização de pessoa jurídica no que concerne, dessa vez, a danos ao meio ambiente:

Art. 225. [...]

§ 3º As **condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente** (grifo do autor) sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Há autores que afirmaram haver obscuridade na redação, por enxergarem falta de definição expressa de que às pessoas jurídicas seria aplicável sanção penal, destinando-se a essas apenas as sanções administrativas, enquanto as sanções penais eram destinadas as pessoas físicas. Todavia, se a separação fosse feita, chegaríamos à conclusão de que as pessoas físicas não seriam suscetíveis de sanções administrativas por lesões ao ambiente, e isso é completamente ilógico e insustentável (BUSATO, 2018, pp. 91-93).

Além disso, o século XX, mais especificamente sua segunda metade, foi marcado por grandes debates sobre questões ambientais, conferências que iniciavam o delineamento sobre proteção e conservação do meio ambiente a nível mundial. Na cidade do Rio de Janeiro, em 1994, foi realizado o XV Congresso Internacional de Direito Penal, que aprovou recomendações sobre criminalização e responsabilização de posturas de pessoas jurídicas causadoras de danos ao meio ambiente, merecendo notoriedade o item 4 do Enunciado III, citado por Sérgio Salomão Shecaira (1998, p. 43):

(4). Não obstante a exigência usual de responsabilidade pessoal por infrações delituosas, a persecução de entidades jurídicas privadas por delitos contra o meio ambiente deve ser possível, ainda que a responsabilidade pelo crime de que se trate não possa ser diretamente imputada a um elemento humano dessa entidade.

Logo, apesar de ter existindo e ainda existirem penalistas que defendam a Teoria da Ficção, ou seja, contra a responsabilização penal da pessoa jurídica, no Brasil a porta foi evidentemente aberta pela Constituição Federal.

3. Lei Federal nº 9.605/98 – Lei de Crimes Ambientais

Em 1998, ou seja, dez anos após a entrada da Constituição Federal, adveio a Lei nº 9.605 e nela de fato foi instituída a responsabilidade penal das pessoas jurídicas por crimes ambientais. A referida Lei dispõe em seu art. 3º:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

É importante destacar que a conduta realmente precisa ser determinada pelo representante legal ou contratual, ou por órgão colegiado da entidade. Sendo assim, caso a infração seja cometida por alguém que não tem poderes de agir pela pessoa jurídica, é caso de apenas o agente ser responsabilizado.

Nesse sentido, o representante legal normalmente é indicado no próprio estatuto da pessoa jurídica e o representante contratual pode ser o diretor, o administrador, o gerente, o preposto ou o mandatário da pessoa jurídica (MACHADO, 2015, p. 835).

Outrossim, acrescenta o parágrafo único do referido art. 3º que a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato. Paulo Affonso Leme Machado (2015, p. 841) ainda esclarece:

A lei não quis deixar impune a pessoa física autora, coautora ou partícipe. Ainda que sejam apuradas num mesmo processo penal, as responsabilidades são diferentes e poderão acontecer a absolvição ou a condenação separadamente ou em conjunto.

Consequentemente, isso corrobora com a harmonia entre a responsabilização da pessoa jurídica com o princípio constitucional da impessoalidade, que preconiza que somente o condenado pode responder pelo fato praticado, pois a pena não pode passar da pessoa do condenado, bem como com o princípio da individualização da pena, que preconiza que a pena deve ser individualizada para cada infrator e leva em conta as peculiaridades aplicadas para cada caso em concreto..

Com relação as penas aplicáveis as pessoas jurídicas, a Lei nº 9.605/98 instituiu penas próprias, que podem ser aplicadas de maneira isolada, cumulativa ou alternativa, quais sejam elas:

Art. 21. [...]

I - multa;

II - restritivas de direitos;

III - prestação de serviços à comunidade.

Sobre pena de multa a referida lei acrescenta:

Art. 18. A multa será calculada segundo os critérios do Código Penal; se revelar-se ineficaz, ainda que aplicada no valor máximo, poderá ser aumentada até três vezes, tendo em vista o valor da vantagem econômica auferida.

Sendo assim, será calculada conforme a Parte Geral do Código Penal, que menciona:

Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

O grande problema da pena de multa é que ela não tem efeito direto na reparação do dano praticado contra o meio ambiente, uma vez que o dinheiro é destinado ao fundo penitenciário. Além disso, ao se pensar em uma pessoa jurídica a partir de médio porte, o valor demonstra ser insignificante e acaba não produzindo o efeito esperado (MACHADO, 2015, p. 838).

Em se tratando das penas restritivas de direito, a previsão está disposta no art. 22 da Lei de Crimes Ambientais:

Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:

I - suspensão parcial ou total de atividades;

II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;

III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

A suspensão se dará quando a pessoa jurídica não obedecer às disposições legais ou regulamentares no que tange à proteção de meio ambiente. A interdição, que é o embargo ou paralisação, é aplicável quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a autorização adequada ou em desacordo com ela, ou ainda se estiver violando disposição legal ou regulamentar. Já a proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios não poderá exceder o prazo de dez anos (THOMÉ, 2015, pp. 710-711). Essas penas são fortemente necessárias, são formas de inibir a poluição, pois muitas vezes uma pessoa jurídica prejudica a vida animal, vegetal e ainda a saúde humana.

Quanto a pena de prestação de serviços à comunidade, a Lei preconiza:

Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em:

I - custeio de programas e de projetos ambientais;

II - execução de obras de recuperação de áreas degradadas;

III - manutenção de espaços públicos;

IV - contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

Aqui, é importante o levantamento dos custos desses serviços, para haver proporcionalidade com o crime cometido, as vantagens dele auferidas e os recursos financeiros e econômicos da entidade condenada, para que esse equilíbrio conduza o juiz na hora de fixar a duração da prestação de serviços e o quantum a ser aplicado (MACHADO, 2015, pp. 840-841).

Mas além das penas previstas no art. 21, o art. 24 da mesma norma trouxe a hipótese de liquidação forçada:

Art. 24. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

A liquidação forçada gera para entidade a perda de seus bens e valores, e sua conseqüente extinção, de modo que todo o patrimônio da entidade é considerado instrumento de crime, por isso é confiscado em favor do Fundo Penitenciário Nacional. É importante salientar que a pessoa jurídica precisa ter como atividade principal a prática de crimes ambientais, não sendo cabível para a entidade que eventualmente, por exemplo, delinuiu uma madeira clandestina. Assim sendo, é medida para casos extremos (THOMÉ, 2015, p. 711).

Há quem diga que a Lei de Crimes Ambientais é cheia de impropriedades técnicas, muitos doutrinadores brasileiros a criticaram no sentido de não aceitação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, complementa Paulo César Busato (2018, p. 85) que “vários foram os argumentos esgrimidos, especialmente de corte dogmático e, em menor medida, político-criminal.”

Mas é visível que a Lei solidificou a autorização constitucional para imputação de pessoa jurídica perante condutas e atividades lesivas contra o meio ambiente, uma vez que este é um bem juridicamente

relevante, devendo ser protegido não só na esfera cível e administrativa, mas também na penal.

4. Teoria da dupla imputação e o entendimento dos Tribunais Superiores

A própria Lei nº 9.605/98 se inclinou pela não exclusão da responsabilidade individual da pessoa natural, porque é necessário impedir que a entidade seja um mero instrumento para que essas pessoas naturais pratiquem crimes e fiquem imunes. Assim sendo, não se deve confundir a responsabilidade da pessoa jurídica com a responsabilidade da pessoa física. Na verdade, sobre a genuína responsabilidade de pessoas jurídicas, Marcelo Abelha Rodrigues (2015, p. 350) explica: “Essas pessoas (seres de carne e osso), quando agem, não o fazem num espírito particular e egoísta, senão num pensamento indissociavelmente coletivo, distinto do pessoal, numa dimensão diversa da sua própria dimensão pessoal.”

Essa separação das responsabilidades fica evidente no parágrafo único do art. 3º da Lei de Crimes Ambientais:

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, conforme o julgamento do Recurso Especial nº 889528/SC, julgado em 17/04/07, apenas admitia a responsabilização penal da pessoa jurídica quando houvesse litisconsórcio passivo com a pessoa física, dessa maneira, não admitia denúncia unicamente contra a pessoa jurídica, devia haver a associação com a pessoa física. Essa é a chamada teoria da dupla imputação.

Já o Supremo Tribunal Federal – STF, no Agravo Regimental do Recurso Extraordinário nº 628582/RS, julgado em 06/09/11, começou a reconhecer a responsabilidade apenas contra pessoa jurídica quando houvesse o desconhecimento da participação da pessoa física no delito. Entretanto, apenas no julgamento do Recurso Extraordinário nº 548181/PR, julgado em 06/08/13, que o STF se manifestou sobre a teoria da dupla imputação, defendendo que é uma afronta ao

parágrafo 3º do art. 225 da Constituição Federal de 1988. Romeu Thomé (2015, p. 702) completa: “Ao se condicionar a imputabilidade da pessoa jurídica à da pessoa humana, estar-se-ia quase que a subordinar a responsabilização jurídico-criminal do ente moral à efetiva condenação da pessoa física.”

Com esse precedente do STF, o restante dos tribunais adaptou seus entendimentos, inclusive o STJ. Com a pacífica superação da teoria da dupla imputação, a responsabilização agora pode atingir somente a pessoa jurídica, o que demonstra ser um avanço, pois nem sempre é fácil identificar o efetivo autor do delito enquanto pessoa natural.

Além disso, está em tramitação o Projeto de Lei do Senado (PLS) 236/12, de autoria do ex-senador José Sarney, que visa instituir um novo código penal no país. Esse projeto é bastante criticado pela doutrina, Alaor Leite e Gustavo Quandt (2015, s/p) argumentam que: “A afirmação de que o projeto não tem salvação e não merece qualquer esforço de aperfeiçoamento não é nova.”

Mas continuando com o enfoque na responsabilidade penal da pessoa jurídica, o texto aqui também demonstra ser confuso. Assim como na Lei de Crimes Ambientais, também existe nesse projeto o problema da não previsão de punição da pessoa jurídica para cada fato incriminado, ou seja, não existe uma expressa vinculação a cada tipo penal.

Apesar das falhas no projeto, no parágrafo primeiro do art. 41 confirma o entendimento já consolidado acerca da teoria da dupla imputação:

Art. 41. [...]

§ 1.º A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, nem é dependente da responsabilização destas.

Ainda que o projeto apresente muitos atropelos, é evidente que não há dúvida em relação a criminalização dos entes coletivos, respeitando a escolha da política criminal sobre o tema, sendo de fato superada a teoria da dupla imputação que era adotada no Brasil, entendimento já uniformizado pelos Tribunais Superiores.

5. Considerações finais

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi um grande marco na legislação ambiental do país, onde a proteção ao meio ambiente foi elevada. Por conseguinte, se evidencia o acompanhamento da tradição legislativa em incorporar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, conforme previsão legal constitucional, mas que não nasceu autoaplicável, uma vez que é norma de natureza programática e que necessita de lei reguladora. No que tange ao meio ambiente, a Lei de Crimes Ambientais regulamentou a previsão constitucional.

Contudo, o STJ sustentou por alguns anos a teoria da dupla imputação, onde primava pela aplicação do instituto de responsabilização penal da pessoa jurídica em conjunto com a responsabilização da pessoa física responsável pelo delito, porém, isso demonstrava ser uma limitação ao direito penal ambiental.

Não obstante, houve uma virada jurisprudencial por efeito do julgamento do Recurso Extraordinário nº 548181/PR, julgado em 2013 pelo STF, onde passou a admitir a persecução penal da pessoa jurídica independentemente da persecução penal da pessoa física responsável, ou seja, deixando para trás a teoria da dupla imputação, o que demonstra ser um grande avanço, já que muitas vezes não é fácil identificar o real responsável. Assim, esse julgado atribuiu a efetiva aplicação constitucional do art. 225, §3 e da Lei de Crimes Ambientais.

Ademais, a aplicação da responsabilização penal da pessoa jurídica por condutas e atividades lesivas é uma manifesta evolução do direito penal, que, em consonância com a Constituição, combateu o brocardo *societas delinquere non potest*.

6. Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. Parte geral.**, Vol. I, São Paulo: Saraiva, 2016, 22^a. Ed.

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

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<http://www>.

planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 23/12/19.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 02/01/20.

BRASIL. **Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 09/01/2020.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012**. Reforma do Código Penal Brasileiro. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 16/01/2020.

BUSATO, Paulo César. **A responsabilidade criminal de pessoas jurídicas na história do direito positivo brasileiro**. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, v. 55, n. 218, p. 85-98, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p85>. Acesso em: 19/01/2020.

DINO NETO, Nicolao; FILHO, Ney Bello; DINO, Flávio. **Crimes e infrações administrativas ambientais**. 3. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

LEITE, Alaor; QUANDT, Gustavo. **Defeitos do projeto do Código Penal comprometem sua viabilidade**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-28/defeitos-projeto-codigo-penal-comprometem-viabilidade#_ftn3> . Acesso em: 16/01/19.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARTÍN, Luis Gracia. La cuestion de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord.). **A responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO, ed. n.º 53, 2004. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Gianpaolo Poggio Smanio. Disponível em: http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1279045719.pdf. Acesso em: 20/12/19.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 104, n. 961, nov. 2015. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um estudo comparado**. Luís Augusto Sanzo Brodt e Guilherme De Sá Meneghin. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTri_b_n.961.10.PDF>. Acesso em: 22/12/19.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: RT, 1998.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial: REsp 889528 SC 2006/0200330-2**. Relator: Ministro Félix Fischer. DJ: 17/04/2007. **JusBrasil**, 2007. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8925001/recurso-especial-resp-889528-sc-2006-0200330-2/inteiro-teor-14083724>>. Acesso em: 14/01/20.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário: RE 628582 RS**. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJ: 06/09/11. **JusBrasil**, 2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18314052/recurso-extraordinario-re-628582-rs-stf>>. Acesso em: 14/01/20.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário: RE 548181 PR**. Relator: Ministra Rosa Weber. DJ: 06/08/13. **JusBrasil**, 2013. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342675/recurso-extraordinario-re-548181-pr-stf>>. Acesso em: 14/01/20.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. Vol. I, Salvador: Juspodivm, 2015. 5ª. Ed.

COVID-19 VS. PROCESSO ELEITORAL DEMOCRÁTICO: O POSSÍVEL IMPACTO DA PANDEMIA NAS ELEIÇÕES MUNICIPAIS DE 2020

Arthur Bezerra de Souza Júnior
Gianfranco Faggin Matro Andréa
Wagner Wilson Deiró Gundim

INTRODUÇÃO

Nos últimos meses o mundo foi surpreendido pelo surgimento de uma pandemia com efeitos perversos globais: a COVID-19 ou coronavírus, doença que causa uma síndrome respiratória aguda grave e que tem sido responsável pela morte, internação e agravamento do quadro clínico de milhares de pessoas. Além dos nítidos impactos sobre a saúde pública dos Estados, a COVID-19 também tem impactado diretamente em outras áreas da vida pública, tais como a economia, segurança, educação, mas também sobre o processo eleitoral, conforme se demonstrará a seguir.

Isso porque, embora a letalidade da doença seja consideravelmente baixa – segundo dados da Organização Mundial da Saúde (OMS) até o dia 12 de março de 2020 a média de letalidade é de apenas 3,6% –, o potencial de transmissibilidade do vírus é extremamente alto, de modo que a sua propagação ocorre de modo muito rápido e simples. Vale dizer, o perigo está justamente na facilidade de transmissão e no

potencial alcance de infecção de milhares e talvez milhões de pessoas caso não sejam adotadas políticas públicas de contenção.

Nesse sentido, considerando que o período de incubação (período entre o contágio e o aparecimento de sintomas) do vírus tem duração de aproximadamente 14 dias, conforme dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), a medida mais recomendada para contenção da pandemia é a realização de quarentena/isolamento⁴, o que permitirá achatar a curva epidêmica. Nessa consonância, diversos países do mundo têm adotado esse posicionamento como se vê: (1) na França: o Presidente Emmanuel Macron anunciou no dia 17 de março de 2020 duras medidas de quarentena impositiva, como por exemplo a proibição de reuniões familiares e amigos e o fechamento de praias, florestas e passeios públicos por todo o país; (2) a Espanha também decretou quarentena nacional por 15 dias, limitando a saída de seus cidadãos apenas em situações indispensáveis, bem como determinou o fechamento de escolas, bares e até restaurantes; (3) em Portugal, o Presidente da República Marcelo Rebelo de Sousa, por meio do De-

4 Conforme recente Lei n. 13.979/2020: quarentena é caracterizada como a restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, bem como a restrição para bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitas de contaminação, como forma de evitar uma possível propagação do vírus. Quarentena não significa que as restrições durarão necessariamente por apenas 40 dias, podendo ser estendidas, se for o caso. Quarentena é definida por lei. (BRASIL. Lei n. 13. 979 de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso 23 mar. 2020). Por outro lado, o isolamento, embora possa ter previsão infralegal como no caso da Portaria n. 356/2020, trata-se de determinação mais pessoal e pode ser imposto por prescrição médica ou recomendação do agente de vigilância epidemiológica, por um prazo máximo de 14 dias, podendo ser estendida por igual período se ainda houver perigo de transmissão. Segundo o Ministério da Saúde, o isolamento deverá ser realizado preferencialmente em casa, mas em regra deverá ser cumprido em hospital, caso o quadro clínico exija. Se a determinação do isolamento for por prescrição médica, o paciente deverá assinar um termo de consentimento livre, oportunidade em que declarará que foi informado da medida e quais são suas responsabilidades diante de tal situação. A Portaria apontada ainda dispõe que nos locais onde houver agente de vigilância epidemiológica, o Secretário de Saúde será o responsável por determinar o isolamento (MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria n. 356 de 11 de março de 2020. Disponível em: <https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=390571>. Acesso 23 mar. 2020).

creto n.º 2-A/2020, publicado no Diário Oficial da República em 20 de março de 2020, regulamentou a aplicação de Estado de Emergência em Portugal, estabelecendo variadas medidas de restrição de circulação na via pública, salvo em situações específicas (por motivos de saúde, por exemplo) visando cumulativamente a contenção da pandemia e proteção da vida de seus cidadãos; e (4) no Brasil: embora o Governo Federal ainda não tenha concretamente adotado medidas para conter a pandemia a nível nacional, estuda-se a possibilidade de decretação de estado de sítio, conforme autorizado pela Constituição Federal em seu artigo 137⁵.

Ainda no caso brasileiro, mas a nível estadual e municipal, tem se identificado variadas medidas de contenção da pandemia, como por exemplo: a) no caso do Município de São Paulo, a partir do Decreto n.º 59.283, de 16 de março de 2020, editado pelo Prefeito Bruno Covas, foi declarada situação de emergência no Município de São Paulo e estabelecida uma série de medidas para o enfrentamento da crise decorrente do COVID-19; e b) no Estado de São Paulo, pelo reconhecimento do estado de calamidade pública pelo Governador do Estado, João Dória, o que se fez normativamente por meio do Decreto n.º 64.879, de 20 de março de 2020.

As medidas de isolamento e quarentena que vêm sendo adotadas, que, destaque-se, são extremamente relevantes e indispensáveis para a contenção da pandemia, acabam, contudo, por trazer impactos negativos para os mais variados setores da vida pública. O impacto mais direto se dá no âmbito da economia, notadamente pelo necessário fechamento de estabelecimentos comerciais (públicos e privados) cujos serviços não sejam indispensáveis, mas também alcança outros setores.

No campo do processo eleitoral democrático, de modo mais específico para os fins que se presta o presente trabalho, os impactos decorrentes do isolamento e quarentena podem ser ainda mais perversos. Tome-se por exemplo o caso da França, que, no último dia 12 de março de 2020 realizou o primeiro turno de suas eleições municipais e, em razão da pandemia decorrente do COVID-19, foi constatada uma abs-

5 Deve-se registrar, nesse ponto, que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CF/OAB) já se manifestou pela inconstitucionalidade de eventual tentativa de decretação de estado de sítio no país, conforme Parecer publicado em 21.3.2020.

tenção de mais de 50% do corpo eleitoral, índice mais baixo verificado em pleitos municipais no país desde 1959 (CHARLEAUX, 2020).

No caso do Brasil, embora as eleições municipais somente ocorram a partir de outubro de 2020, período em que a contenção da pandemia pode já estar controlada, os impactos decorrentes das medidas de isolamento e quarentena obrigatórias podem impactar diretamente no desenrolar do processo eleitoral democrático. Isso é perceptível, dentre outros motivos, quando se analisa pela ótica da expressa previsão constante no artigo 16 da Constituição Federal, que alberga o denominado princípio da anualidade eleitoral, o qual, em apertada síntese, dispõe que alterações efetivadas na legislação eleitoral entrarão em vigor na data de sua publicação, mas somente se aplicarão à eleição se aprovadas até um ano antes do pleito, de modo a obstar modificações casuísticas do processo eleitoral. Significa dizer, nesse sentido, que caso o Congresso Nacional entendesse ser necessário modificar algumas regras do processo eleitoral para essa eleição, já estariam, em tese, obstados pela regra constitucional indigitada.

É imperioso destacar, ainda, que embora o pleito eleitoral somente ocorra no segundo semestre do ano letivo, existem variados atos relativos às eleições que ocorrem de forma antecipada, como o registro de filiados a partidos políticos, as convenções partidárias para escolha de candidatos e tantos outros atos que, em função de previsão específica no calendário eleitoral, devem ocorrer nos próximos meses.

Dessa forma, torna-se necessário avaliar quais poderiam ser os impactos decorrentes dessas decisões políticas de contenção da pandemia e consequente imposição de isolamento / quarentena, e como atenuar as regras eleitorais existentes sem violar o princípio da anualidade eleitoral e o próprio processo eleitoral democrático, cujo teor é a essência do Estado Democrático de Direito. Esse é o objetivo do presente estudo.

Para alcançar o objetivo proposto, o estudo se dividirá em 3 tópicos. No primeiro, analisará o que configura o denominado processo eleitoral democrático, bem como quais são os vetores de direcionamento que devem guiar o processo de escolha de representantes. No segundo, analisará quais são as regras eleitorais que podem ser impactadas pelas medidas de restrição decorrentes da política de contenção do COVID-19 para, ao final, discutir no último tópico

quais são os efeitos negativos e propostas de resolução do problema apresentado.

1. Processo Eleitoral Democrático e seus vetores de funcionamento

O conceito de democracia, cujas origens remonta à Atenas, na Grécia, local em que os cidadãos⁶ se reuniam nas *Ágoras* (praças públicas) para, de forma direta e pelo uso da palavra e votação em assembleias, deliberar sobre as questões de interesse do povo (FERREIRA FILHO, 1977), se apresenta como um termo de difícil conceituação, seja pela multiplicidade de conceitos para os quais se há uma tentativa de sua delimitação⁷, seja pela própria plasticidade que decorre da realidade histórico-social de cada Estado, como aponta CAGGIANO (1987).

Embora exista uma multiplicidade de conceitos e definições para o que se entende como democracia, é de inegável contribuição a denominada teoria *procedimental/procedimentalista* cujas raízes estão na obra *Capitalism, Socialism and Democracy*, de Joseph A. Schumpeter, a partir da qual a democracia é concebida como uma *técnica de escolha de representantes* (LORENCINI, 2013).

É preciso se ter em mente que o funcionamento do regime democrático depende, dentre outros fatores, da existência de um processo eleitoral democrático, caracterizado e configurado por princípios de funcionamento bem delimitados. Vale dizer, a mera realização de eleições não é suficiente para a caracterização de um regime como democrático, ao menos não a partir da visão procedimental a respeito do que é a democracia.

6 Como aponta DAHL (2012) o conceito de democracia ateniense era exclusivo/limitativo, o que se demonstrava tanto do ponto de vista interno (o direito de participar da vida política era negado a grande parte da população adulta – especialmente às mulheres, escravos e estrangeiros) como externo (não havia um conceito de democracia entre os gregos, mas apenas entre os atenienses).

7 Nesse sentido ver os variados conceitos de democracia propostos por: (1) PRZEWORSKI, 1991; (2) CAGGIANO, 2011; (3) FERREIRA FILHO, 2012; (4) BOBBIO, et al, 1986; e (5) DAHL, 2005.

É por isso que ao definir a democracia, Joseph Schumpeter propõe uma teoria da democracia a partir da seguinte enunciação:

O método democrático é o sistema institucional para chegar a decisões políticas, no qual os indivíduos adquirem o poder de decidir por meio de uma luta competitiva pelo voto do povo (SCHUMPETER, 2017, p. 366).

Como se vê, diferentemente de outros teóricos que relegam ao plano secundário o processo de escolha de representantes e elencam como papel primário da democracia o papel conferido ao eleitorado para decidir sobre questões políticas, Schumpeter propõe uma inversão da equação⁸, “tornando-se ponto nevrálgico da democracia a ideia de disputa pelo poder” (LORENCINI, 2013, p. 72). É por isso que muitas das teorias que partem da ideia procedimental definem como campo de estudo o que denominam como *democracia eleitoral* (LORENCINI, 2013).

O problema, entretanto, é que ao resumir o princípio democrático à ideia de técnica eleitoral, o conceito procedimental de democracia acaba por restringir/minimizar a participação popular no processo político⁹, a qual deve ser tida como princípio basilar de tal regime político (LORENCINI, 2013). Vale dizer, ainda que a principal forma de manifestação popular se dê com a escolha de representantes, o papel do povo no âmbito de um regime democrático não se esgota com a sua participação no processo eleitoral.

O poder político, como bem ressaltado por Luis Sanchez Agesta é representado por meio de uma “corrente contínua, cuja existência só advertimos quando cessa ou se intensifica” (AGESTA, 1979, p. 435),

8 Nas palavras de Pedro Henrique Alcantara, um dos objetivos centrais de Schumpeter era identificar um modelo democrático institucional capaz de fincar mecanismos eficazes e aceitáveis de decisões políticas, razão pela qual o autor “tenta definir um procedimento de aquisição do poder através da competição eleitoral entre políticos profissionais” (ALCANTARA, 2017, p. 14).

9 Para Schumpeter “O papel do indivíduo ou do ‘povo’ resume-se a votar para escolher quem os governará. Schumpeter atribui um grande peso a competição entre eleitos pelos votos do povo” (SILVA, *et al*, 2013, p. 5).

isto é, o processo de formação da vontade política não é identificado num único ato ou momento, mas ao contrário, terá o caráter sempre dinâmico e mutável (LORENCINI, 2013).

Justamente por considerar o processo político como multifacetário e dinâmico, de modo que o princípio da soberania popular somente será tido como cumprido quando seja assegurada a participação popular direta ou indireta, em todas as faces de formação da decisão política, e não apenas à tomada de decisão no processo eleitoral por meio do sufrágio, é que LORENCINI (2013) rejeita a concepção estrita de democracia eleitoral nos moldes propostos por Schumpeter. Deve-se registrar, contudo, que a rejeição indicada, também compartilhada por este trabalho, se dá exclusivamente com relação ao caráter restritivo da democracia eleitoral, vale dizer, quanto à tese de que a soberania popular estaria limitada apenas ao processo de escolha de representantes.

Há, assim, perfeita compatibilização do conceito de democracia adotado por Schumpeter com o escopo desse trabalho ao considerar o regime democrático como aquele caracterizado pela “luta competitiva para acesso ao poder político”. A ideia de competição na arena política é um elemento indispensável para caracterização do denominado processo eleitoral democrático, que, repita-se, não se limita à mera realização de eleições.

Essa mesma constatação da necessidade de competição no âmbito da arena política é feita por Robert Dahl – embora defenda que não existem democracias no mundo real, mas apenas Poliarquias –, ao defender que a partir de regras pré-estabelecidas, existe uma verdadeira competição pela aprovação do eleitor para alcance e manutenção do poder político no Estado. Para o autor, uma Poliarquia é definida como um regime político caracterizado por uma dualidade: oposição e grau de participação política. Assim, quanto maior o grau de participação e oposição, maior o grau de densidade alcançado pelo regime político (DAHL, 2005).

A definição sobre os conceitos de pluralismo e oposição trabalhados por Dahl são elucidados por SILVA *et al*:

O pluralismo é entendido como a possibilidade de diferentes grupos conseguirem poder político. Desta forma, se há competição pelo poder político em diferentes arenas, existe um nível

alto de contestação pública, ou seja, oposição. Da mesma maneira – numa poliarquia – também é necessário um alto grau de inclusividade, tanto para os cidadãos que participam de algum grupo, quanto para os que não participam. O principal provedor dessa inclusividade é o sufrágio universal. Uma das principais características de uma poliarquia é a existência de eleições regulares, livres e idôneas. Nisso reside a importância da existência de instituições democráticas que possam assegurar aos governados a possibilidade de não sofrerem excessos (desrespeitos aos direitos) por parte dos governantes (Estado). Em síntese, são os dois eixos básicos, a liberalização e a participação, que possibilitam a democratização dos regimes. E quanto mais altos esses níveis, mais próximo estarão da poliarquia, caracterizada como o máximo de inclusividade com o máximo de contestação (2013, p. 7-8).

A partir dessa visão de competitividade e necessária dualidade de oposição e participação política Robert Dahl propõe a mensuração do grau de democratização das Poliarquias a partir das seguintes variáveis:

1. Liberdade de formar e aderir a organizações
2. Liberdade de expressão
3. Direito de voto
4. Elegibilidade para cargos públicos
5. Direito de líderes políticos disputarem apoio
 - 5a. Direito de líderes políticos disputarem votos
6. Fontes alternativas de informação
7. Eleições livres e idôneas
8. Instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições e de outras manifestações de preferência. (DAHL, 2005, p. 27).

Essa proposta de Dahl de identificar/mensurar o grau democrático foge das tentativas usuais de conceituação da democracia, especial-

mente porque ao invés de reduzi-la a um conceito léxico-vocal, busca identificá-la a partir da presença de certos elementos mínimos para sua configuração. Essa mesma técnica de identificação da democracia foi adotada por BOBBIO (1986), ao prever a existência de 9 indicadores da mensuração/presença democrática em seu Dicionário de Política. Inclusive, CAGGIANO identifica a nítida aproximação entre os critérios de Bobbio e Dahl e conclui que:

“[...] a deusa democracia deve necessariamente envolver na sua concretização **eleições livres e competitivas com amplos espaços para a oposição**; isto sob o **norteamento dos princípios de liberdade e igualdade**, única fórmula política – até o momento idealizada – apta à salvaguarda dos direitos humanos fundamentais (2011, p. 15 – grifos originais).

A par disso e valendo-se tanto das lições de Robert Dahl, mas também de Lijphart em seu *Modelos de Democracia*, CAGGIANO (2011) propõe que a análise da democracia seja aferida pela presença ou não dos seguintes elementos: (1) liberdade de associação: representada pelo direito tanto de criar como de se associar a já existentes; (2) liberdade de expressão; (3) direito de sufrágio; (4) elegibilidade para cargos públicos; (5) direitos das lideranças políticas competirem pelo respaldo popular; (6) fontes variadas e alternativas de informação; (7) eleições livres e competitivas; e (8) instituições capazes de assegurar à política governamental sua compatibilidade expressada pelo corpo eleitoral.

A par desses conceitos e definições, percebe-se que há uma confluência dos autores da ciência política e teoria do Estado em definir como critério para se aferir a democracia a existência de eleições livres e competitivas, bem como a ideia de ampla participação popular, atrelado a outros princípios de funcionamento para o processo eleitoral.

A partir dessa base teórico-normativa é possível se falar numa ideia de processo eleitoral democrático – adotando-se parcialmente a visão de democracia eleitoral de Schumpeter com a ressalva anteriormente já feita –, representado e caracterizado por alguns princípios base de funcionamento a saber: 1) ampla participação popular em todas as esferas de governo; 2) eleições livres e competitivas; 3) igualdade de oportuni-

dades; 4) periodicidade; 5) controle a partir das facetas da responsabilidade política¹⁰, notadamente *liability* e *responsability*; e 6) transparência.

A ampla participação popular está representada na necessidade de que o Estado, por meio de sua Constituição, assente o poder de decisão política nas mãos dos cidadãos e, mais do que isso, garanta a existência de mecanismos de participação popular direta e indireta que não se resumam ao processo de escolha de representantes. As eleições serão consideradas como livres e competitivas quando se verificar uma verdadeira competição para acesso ao poder, com a garantia da alternância (possibilidade de substituição do poder político sob pena de não existir competição) e tolerância (a coexistência de variadas ideologias políticas e respeito às minorias). A igualdade de oportunidades está assentada na necessidade de que todos os competidores tenham acesso aos mesmos instrumentos no processo eleitoral¹¹, ao passo que a periodicidade está atrelada à própria ideia de república, isto é, de governo temporário, eletivo e com prazo determinado. A ideia de controle, por sua vez, está ligada à necessidade de que o poder político estatal preste contas de suas condutas ao povo e, no caso de irregularidades, seja passível de sanções estabelecidas pelo próprio sistema jurídico-eleitoral. Por fim, a ideia de transparência, ligada ao conceito de *responsiveness*¹², é uma das essências das democracias modernas, já que se exige a necessidade de que todos os atos públicos sejam transparentes e devidamente informados ao povo, preferencialmente por múltiplos meios de comunicação e em linguagem acessível.

10 Sobre o tema da responsabilidade política ver: LORENCINI, 2019.

11 Deve-se tecer a observação de que não se está a pregar a necessária igualdade de recursos, já que o recebimento de incentivos financeiros ou de outra natureza para candidaturas pode depender, por exemplo, do grau de aceitação de determinado partido político nas eleições anteriores. Essa, inclusive, é a regra adotada pelo sistema eleitoral brasileiro no que tange à distribuição de recursos do Fundo Partidário e distribuição do direito de antena, já que o desempenho dos partidos políticos no pleito anterior é que define qual será o acesso a esses recursos por cada legenda. Embora nem todos tenham os mesmos recursos, todos tem assegurada a igual oportunidade de alcançá-los.

12 Por *responsiveness* entende-se uma específica qualidade do instituto da representação política e, por conseguinte, da democracia representativa. Trata-se de um atributo concernente ao grau de aproximação entre a vontade do eleitor e as políticas adotadas pelos governantes (LORENCINI; GUNDIM, 2017, p. 377).

Dessa forma, uma vez definido o que se entende como processo eleitoral democrático, o procedimento específico de escolha de representantes pautado nos ideais de eleições livres e competitivas e assentado nos princípios supracitados, passa-se a analisar quais são as regras previstas pelo ordenamento jurídico eleitoral brasileiro que podem ser afetadas pela pandemia oriunda do COVID-19, para, no tópico final, discutir quais os possíveis impactos dessa situação caótica no pleito eleitoral municipal de 2020 em todo o país.

2. Normatização Eleitoral e Calendário Eleitoral: os atos e procedimentos que se avizinham para o pleito eleitoral de 2020

Em função da necessidade de se promover segurança jurídica, e, cumulativamente, se ter uma maior organização do pleito eleitoral, a normatização eleitoral estipula datas pré-definidas para a promoção de variados atos atinentes ao processo eleitoral, o que se dá no âmbito tanto do Código Eleitoral (Lei n.º 4.737/1965), da Lei dos Partidos Políticos (Lei n.º 9.096/1995), Lei das Eleições (Lei n.º 9.504/1997) e pelas Resoluções editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral, que acabam por compilar e reunir sistematicamente as principais datas-limites relativas ao pleito.

Dentre os prazos previstos pela legislação eleitoral, é possível destacar alguns deles de elevada importância que impactam diretamente no funcionamento e organização de todo o pleito, tais como:

(I) o artigo 9º da Lei n.º 9.504/1997 (Lei das Eleições) estabelece que, o candidato que pretende concorrer às eleições deverá possuir domicílio eleitoral na respectiva circunscrição, e estar com filiação deferida pelo partido político no mesmo prazo. Para as eleições de 2020, esse prazo vence no dia 4 de abril;

(ii) o artigo 22-A, inciso III, da Lei n.º 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos) admite como justa causa para desfiliação partidária a mudança de partido político efetuada dentro do prazo de 30 dias anterior ao prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, ao término do mandato vigente. Para

as eleições de 2020, os Vereadores possuem até o dia 3 de abril para se aproveitar da “janela partidária” e pugnar pela transferência de partido, nos termos da indicada lei e também da Resolução TSE n.º 23.606/2019;

(iii) em 6 de maio de 2020, nos termos do art. 91, *caput*, da Lei n.º 9.504/1997, se encerra o prazo para que o eleitor possa solicitar operações de alistamento eleitoral, transferência e revisão; e

(iv) o artigo 8º da Lei n.º 9.504/1997 (Lei das Eleições) determina que a escolha dos candidatos pelos partidos políticos, bem como a discussão sobre a formalização de coligações, deve ocorrer no período compreendido entre 20 de julho a 5 de agosto do ano das eleições. Embora não disposto pela legislação eleitoral, deve-se registrar aqui a possibilidade de que os partidos políticos prevejam em seus regimentos datas anteriores para a realização de prévias partidárias, ou seja, ato eleitoral cujo objetivo é definir quem serão os possíveis candidatos ao pleito eleitoral;

A maior parte dos atos eleitorais indigitados, com exceção daqueles indicados nos itens (iii) e (iv), possuem termo final em datas cuja determinação de quarentena e isolamento ainda estão vigentes em boa parte do país, mas especialmente no Estado de São Paulo, conforme descrito no introito do presente trabalho. De todo modo, em função da impossibilidade de se prever se haverá ou não o achatamento da curva epidêmica, ainda há a possibilidade de que os períodos de isolamento sejam prorrogados, o que poderia inclusive alcançar datas mais longevas do calendário eleitoral.

Ou seja, ao menos para algumas situações, há a alta probabilidade de que as políticas de contenção de propagação do COVID-19 interfiram diretamente em atos extremamente relevantes do processo eleitoral para as eleições de 2020.

Inclusive, em função desse episódio, o deputado federal João Henrique Holanda Caldas, vinculado ao PSB-AL, formalizou consulta perante o Tribunal Superior Eleitoral no último dia 17 de março de 2020, autuada sob o n.º 0600282-82.2020.6.00.0000, distribuída sob a Re-

latoria do Ministro Og Fernandes, requerendo resposta aos seguintes questionamentos:

- 1 – Em caso de emergência sanitária que impeça a reunião de pessoas, e sendo o processo eleitoral permeado desse tipo de situação, existem instrumentos que possibilitem a modulação do calendário eleitoral e adequação a esse tipo de situação?
- 2- Em caso positivo à resposta anterior, o restante do calendário, a exemplo dos períodos de pré-campanha, alistamento eleitoral, filiação de desincompatibilização poderiam, igualmente, sofrer essa modulação; e
- 3 – Havendo a modulação a que aludem os itens antecedentes, essas alterações estariam submetidas ao princípio da anualidade de que trata o artigo 16 da Constituição Federal?

Por meio de parecer exarado nos autos do processo, pelo técnico judiciário competente, opinou-se pelo não conhecimento da consulta, sem prejuízo de outras eventuais providências que se entendam cabíveis, diante da relevância da conduta. Em apertada síntese, o parecer entendeu que alguns dos requisitos objetivos para a formalização de Consulta não foram atendidos, notadamente porque: (1) a consulta ventila discussão sobre caso concreto, o que não se admite; e (2) a consulta, da forma como formulada, enseja múltiplas respostas, o que também não deve ser admitido. Os autos permanecem conclusos para decisão do Relator desde o dia 20.3.2020.

Antes, contudo, o Tribunal Superior Eleitoral já havia se manifestado parcialmente sobre o tema ao responder um questionamento encaminhado via ofício pelo deputado federal Glaustin Fokus, do PS-C-GO, suscitando manifestação sobre a possibilidade de prorrogação da data limite para filiação partidária em razão da pandemia, oportunidade em que o Tribunal destacou a impossibilidade de alterar a data-limite de 4 de abril para filiação a partido político. Isso porque, segundo o TSE, o prazo é previsto expressamente pela Lei das Eleições, não sendo deferido ao Tribunal afastar a imposição trazida pela lei.

A partir desse cenário é perceptível que o COVID-19 impactará direta ou indiretamente no cenário das eleições de 2020, sendo

necessário avaliar, nesse tocante, de que forma a questão pode ser resolvida para que se possa, cumulativamente, resguardar a saúde e vida das pessoas – ante o necessário isolamento –, e manter os prazos eleitorais para o exercício do direito de sufrágio como expressão da soberania popular.

3. Os possíveis impactos do COVID-19 no pleito eleitoral de 2020: Análise, efeitos e proposta de resolução

No cenário de pandemia que o Brasil assim como outros países está enfrentando não restam dúvidas de que a medida mais adequada para o enfrentamento da crise é, de fato, o isolamento/quarentena social, especialmente em função das características peculiares do COVID-19, que assume extrema potencialidade em função de sua rápida e fácil propagação.

É preciso, entretanto, conseguir conciliar a necessária manutenção do isolamento social com medidas/políticas que permitam a concretização também dos atos e procedimentos eleitorais necessários à concretização do pleito eleitoral, sob pena de prejuízos consideráveis ao ambiente democrático. Ainda que não existam direitos fundamentais absolutos, o cenário mais ideal é a conciliação entre os interesses em colisão (direito à vida e saúde pública x direitos políticos).

A importância dessa conciliação é justificada pelos seguintes pressupostos. Num primeiro ponto, como se viu no tópico inicial, o denominado processo eleitoral democrático exige, para sua configuração, a existência de eleições livres e competitivas, bem como o respeito a alguns princípios de funcionamento, dentre eles a periodicidade e a igualdade de oportunidades. Nesse cenário, a suspensão dos atos eleitorais em função das políticas de isolamento/quarentena, impactará diretamente no cenário competitivo que deve ser impregnado na corrida eleitoral. Isso porque, com a não realização de alguns desses procedimentos, é possível não apenas que alguns candidatos não consigam se lançar ao pleito (em função, por exemplo, da não filiação ou dificuldade no processo de descompatibilização), mas ao se lançarem, não terem reais condições de acessar o poder político. Isso porque, num cenário mais crítico em que a

prorrogação dos períodos de quarentena chegue até maio, junho, julho ou mesmo agosto, que é o momento inicial da propaganda eleitoral, os candidatos pouco conhecidos ou que não sejam detentores de mandato eletivo, em regra, sairão atrás na corrida eleitoral.

Embora a propaganda eleitoral na internet venha obtendo uma força exponencial, como se viu nas eleições gerais de 2018, no âmbito municipal/local, o contato pessoal e direto com o povo faz toda a diferença na corrida para a vitória. Assim, é possível que num cenário mais drástico, a própria igualdade de oportunidades e competição que são essenciais da arena política, possam ser solapados caso não seja encontrada uma solução adequada e intermediária.

Esboçadas essas considerações preliminares, deve-se rechaçar, como pretendem alguns, que o processo eleitoral (especificamente o ato de escolha dos representantes) designado apenas para outubro de 2020 seja adiado. Inclusive, algumas propostas sugerem que o pleito seja unificado com as eleições gerais de 2022 com proposta de prorrogação de mandato dos atuais representantes, conforme sinalizado pelo deputado federal Aécio Neves, ao indicar que apresentará Proposta de Emenda Constitucional nesse sentido.

A despeito das justificativas que se possa apresentar, para este trabalho, referida proposta de PEC, se realmente persistir, é flagrantemente inconstitucional, vez que atenta contra expressa disposição contida no texto constitucional a respeito do processo de escolha de representantes que se dá apenas e tão somente pelo sufrágio direto, universal e periódico, nos termos regulamentados pelo Código Eleitoral. Significa dizer que permitir a prorrogação dos mandatos de forma automática, como pretendido, violaria expressamente o princípio da soberania popular, o que não deve ser admitido.

Do mesmo modo, ao menos do ponto de vista da Justiça Eleitoral, também se entende pela impossibilidade de que mesmo o Tribunal Superior Eleitoral, órgão de cúpula, possa promover alterações nesse sentido. O caminho viável e adequado, nesse tocante, seria pela via legislativa, mediante alterações específicas nos prazos eleitorais de modo excepcional para o pleito eleitoral de 2020. Há de se atentar, entretanto, que mesmo a alteração pela via legislativa dos prazos previstos pelo Código Eleitoral, Lei das Eleições ou na Lei dos Partidos Políticos

encontraria óbice no princípio da anualidade eleitoral previsto no art. 16 da Constituição Federal. E mesmo que se promovesse uma emenda constitucional tendente a flexibilizar, excepcionalmente, o princípio da anualidade eleitoral para essas eleições, o trabalho entende que se trataria de perigoso precedente e não recomendado.

Diante das dificuldades apresentadas, questiona-se, qual ou quais seriam os caminhos possíveis para o enfrentamento do problema e intermediação entre os direitos em colisão?

Parece, num primeiro momento, que o ideal seja a flexibilização do modo de realização de alguns dos atos eleitorais previstos em lei. Por exemplo, deveria se admitir como legítimos os atos eleitorais realizados exclusivamente no âmbito da internet, como todo o processo de filiação de candidatos ou de transferência/janela partidária, nos termos da lei. Do mesmo modo, admitir-se como legítima, se até a sua data de realização a pandemia persistir, a possibilidade de que as Convenções Partidária sejam efetivadas por meio de recursos eletrônicos/digitais, desde que assegurada a efetiva participação de todos os filiados interessados, servindo o aceite e assinatura digital como legítimos para os fins de se ter a Ata da Convenção partidária.

Alternativamente a isso, também se poderia pensar em, mantendo-se a política de isolamento e quarentena nos Estados e Municípios, deferir a realização de reunião exclusiva para os fins previstos na legislação eleitoral pelos partidos políticos, desde que adotadas as medidas de prevenção estabelecidas tanto pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como pelos governos estaduais, notadamente a necessidade de distanciamento mínimo entre as pessoas e higienização completa do ambiente.

Por óbvio que a efetivação de tais medidas é de difícil aplicação prática ou mesmo fiscalização, mas são alternativas mais viáveis do que se pensar no adiamento do pleito eleitoral, que, repita-se, embora não seja a única forma de participação ativa dos cidadãos, é o principal instrumento de exercício da soberania popular no país.

CONCLUSÃO

A pandemia do Coronavírus (Covid-19) que tem assolado o mundo desde sua expansão oriunda da China, demonstra a necessidade de

robustecimento de políticas públicas no que se refere à saúde pública e privada. A população acompanha espantada o crescente número de óbitos ao redor do globo, deixando de joelhos países modelos quanto ao desenvolvimento e bem-estar social.

Mas a pandemia que impõe quarentena ou/e isolamento traz prejuízos não só em relação às famílias e cidadãos afetados pelos vírus sob a perspectiva de sua saúde, mas também em relação à economia e – tema do presente estudo – os pleitos eleitorais.

Com efeito, após a análise de todo o arcabouço jurídico referente às eleições vindouras no Brasil, percebe-se que a quarentena/isolamento imposto já prejudicará e trará transtornos, porém caso se entenda que há necessidade de prolongamento desta situação, pode-se considerar que as eleições de 2020 no Brasil serão extremamente impactadas de forma negativa. Isto porque, o calendário eleitoral vem estampado em Leis, Resoluções do TSE (que têm força de lei), todos escorados no texto constitucional, que não admite flexibilizações sob pena de inconstitucionalidades, tal qual a violação do princípio da anualidade.

Diante deste impasse e clara tensão entre interesses conflitantes (direito à vida e saúde pública x direitos políticos), há necessidade de se equacionar a questão, a fim de que não se enterre os direitos políticos constitucionalmente protegidos. Algumas propostas já levantadas e apresentadas afiguram-se – de saída – totalmente inconstitucionais, como o adiamento do pleito eleitoral, com a prorrogação dos mandatos.

Portanto, sugere-se como alternativa a flexibilização do modo de realização de alguns dos atos eleitorais previstos em lei. Por exemplo, deveria se admitir como legítimos os atos eleitorais realizados exclusivamente no âmbito da internet, como todo o processo de filiação de candidatos ou de transferência/janela partidária, nos termos da lei. Do mesmo modo, admitir-se como legítima, se até a sua data de realização a pandemia persistir, a possibilidade de que as Convenções Partidária sejam efetivadas por meio de recursos eletrônicos/digitais, desde que assegurada a efetiva participação de todos os filiados interessados, servindo o aceite e assinatura digital como legítimos para os fins de se ter a Ata da Convenção partidária.

Diante do cenário que se enfrenta, valer-se dos recursos tecnológicos, como muitas instituições vêm fazendo neste período de con-

tingenciamento, afigura-se como medida razoável e proporcional e que preservará os direitos políticos e, por conseguinte, o próprio ideal democrático.

REFERÊNCIAS

AGESTA, Luis Sanchez. **Principios de Teoria Política**. Madrid: Editora Nacional, 1979.

ALCANTARA, Pedro Henrique. As elites contra a democracia: a concepção minimalista no campo hegemônico da teoria democrática. **Crítica e Sociedade**: revista de cultura política, Uberlândia, v. 7, n. 2, 2017.

BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de política**. 2 ed. Brasília: Ed. da UnB, 1986.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. **Democracia x Constitucionalismo**: um navio à deriva? = La démocratie x le constitutionnalisme: un bateau à la derive? São Paulo: Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, 2011.

BRASIL. Lei n. 13. 979 de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso 23 mar. 2020.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. **Sistemas Eleitorais X Representação Política**. 1987. Tese (Doutorado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1987.

CHARLEAUX, João Paulo. Como o coronavírus golpeou o sistema eleitoral da França. **Nexo**, 2020. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/03/16/Como-o-coronav%C3%ADrus-golpeou-o-sistema-eleitoral-da-Fran%C3%A7a>. Acesso em 21, mar. 2020.

DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**; trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

- DAHL, Robert A. **Poliarquia**: participação e oposição. São Paulo: Edusp, 2005.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Sete vezes democracia**. São Paulo: Convívio, 1977.
- LORENCINI, Bruno César. **Democracia qualificada e responsabilidade política**. São Paulo: LiberArs, 2019.
- LORENCINI, Bruno César; GUNDIM, Wagner Wilson Deiró. O Recall e sua viabilidade como solução ao Brasil. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 33, n. 1, jan./jun., 2017.
- LORENCINI, Bruno César. **A responsabilidade do poder político no Estado constitucional sob o paradigma da *democratic responsiveness***. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria n. 356 de 11 de março de 2020. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=390571>. Acesso 23 mar. 2020
- PRZEWORSKI, Adam. **Transition to democracy**. New York: University of Cambridge Press, 1991.
- SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**; trad. Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2017.
- SILVA, Denisson, *et al.* Teoria democrática contemporânea: modelo democrático competitivo e modelo democrático popular. **Em Tese**, Florianópolis, v. 10, n. 1, jan./jun. 2013.

O “ABATE” DE CRIMINOSOS ARMADOS COM FUZIS POR ATIRADORES DE ELITE (SNIPERS) À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Filipe Araújo De Moraes

Almair Moraes de Sá

José Ewerton Bezerra Alves Duarte

Decildo Alves de Sousa

1 Introdução

O presente artigo científico tem como objeto de estudo, a realização de uma análise jurídica sobre o abate de criminosos armados com fuzis por atiradores de elite (*snipers*) e o princípio da dignidade da pessoa humana. O tema da dignidade da pessoa humana não se originou recentemente, ao contrário, desde muito é assunto para embate filosóficos, religiosos e jurídicos. Em relação à raiz etimológica da palavra dignidade, esta provém do latim *dignus*, ou seja, aquele que merece estima e honra, aquele que é importante (Moraes, 2006, p. 112).

Se a temática é tormentosa entre os estudiosos, um ponto é pacífico dentro e fora das ciências jurídicas: a necessidade de valorização da pessoa. E a simples previsão legislativa da proteção da dignidade da pessoa humana não tem por si só o condão de impedir violações aos direitos fundamentais.

A importância da questão está relacionada ao atual momento crítico na área da segurança pública no Brasil. Com o passar dos anos, o narcoterrorismo foi introduzido e está em uma crescente sem precedentes, causando violência e terror na sociedade. Trata-se de um tema complexo que está ligado a Constituição, a dignidade da pessoa humana, aos direitos fundamentais, a segurança pública, ao Código Penal e ao Código de Processo Penal brasileiro.

O atirador de elite, chamado de *sniper*, é um profissional de soldado de infantaria ou um militar, especializado em armas e tiros de alta precisão, solicitado para combater um fato grave, age em caráter excepcional, geralmente em situações que envolvam reféns. E segundo a proposta do abate, o atirador de elite estaria respaldado pelo instituto da legítima defesa previsto no Código Penal brasileiro.

Propõe-se que este trabalho auxilie na discussão sobre a violação ou não do princípio da dignidade da pessoa humana. Será preciso abordar o contexto, considerar e ponderar razões e alternativas, por intermédio dos exemplos de possíveis casos hipotéticos e praticáveis que se passam durante uma operação policial.

2 Referencial teórico

No Brasil, a dignidade da pessoa humana está prevista na Constituição da República Federativa do Brasil como fundamento da República.¹³ Entretanto, existem algumas referências à dignidade da pessoa humana que podem ser encontradas nas Constituições de 1934 (art. 115º), de 1946 (art. 145º), de 1967 (art. 157º, inciso II) e até mesmo no preâmbulo do Ato Institucional nº 5, mas nenhum desses dispositivos deu a importância e abrangência que atualmente esse valor possui no ordenamento jurídico (Martins, 2003).

O constituinte ao colocar o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, transformou-o em valor supremo do sistema jurídico brasileiro. Des-

13 “Artigo. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:[...] III - a dignidade da pessoa humana” (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988/2013).

tarte, o constituinte apresentou que o ser humano constitui finalidade básica e não como meio da atividade estatal. O mesmo pode ser considerado em relação ao direito, onde este, existe em função da pessoa e para assegurar o seu pleno desenvolvimento. Situou-se então, no centro de todo o ordenamento constitucional, do sistema político, econômico e social.

O direito à vida mesmo tendo a sua enorme importância, em virtude da influência do cristianismo, bem como em decorrência da maneira como a sociedade ocidental olha para a morte, não é um direito absoluto. Confirmando o que se alega, é importante citar que o próprio texto da Constituição Federal de 1988 prevê, de forma excepcional, a pena de morte (artigo 5º, inciso XLVII).

Não se pode confundir o direito à vida com a dignidade da pessoa humana, os dois termos não podem ter o mesmo significado, visto que, nem toda violência contra a vida humana também seria uma violência para com o princípio da dignidade da pessoa humana (Frankenberg, 2007). São diferentes a violação do direito à vida ou a violação da dignidade da pessoa humana, no sentido de que pode-se ter uma sem ter a outra, como ficará mais explícito no estudo dos casos hipotéticos no último subtópico (Novais, 2017).

A relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o instituto da legítima defesa está na legitimidade do sacrifício, se não há outra maneira de impedir o sacrifício, ou seja, se é razoável e justo. Frisa-se, que o sentido normativo atual de dignidade humana é o sentido de justiça.

O juízo de ilicitude que pertence a legítima defesa, apura a existência destes dois requisitos (razoável e justo), e tem igualmente de ponderar os direitos em conflito no caso, designando a razoabilidade e a periculosidade. Desta forma, o exercício de um direito só poderá prevalecer sobre o direito à vida de outra pessoa em circunstâncias excepcionais, como é o exemplo do exercício à legítima defesa própria ou de terceiros (quando um elemento policial dispara contra um indivíduo, provocando-lhe a morte, em legítima defesa de terceiro cuja vida também estava em perigo).¹⁴

14 “Artigo. 23º: Não há crime quando o agente pratica o fato: [...] II – Em legítima defesa. [...] Artigo 25º: Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente

Quatro são os requisitos para a constituição da legítima defesa: a) Injusta agressão, representada na ameaça humana, não amparada pelo direito, de lesão a um bem juridicamente protegido; b) Uso moderado dos meios necessários para repelir a agressão, aqui deve ser levado em consideração os meios de que dispõe o agente no momento em que sofre a agressão injusta, devendo a reação ser proporcional e suficiente para cessar o ataque sofrido, sob pena de incorrer no chamado excesso; c) Atualidade ou iminência da agressão, de forma sobremaneira genérica, “atual” é a agressão que está acontecendo, ou em continuidade, e “iminente” é aquela que está para acontecer; d) Defesa de direito próprio ou de terceiro, ou seja, a legítima defesa abrange não apenas a proteção de direito próprio, mas também de terceiros (Maurach, 1994).

A legítima defesa não pode ser apenas um direito, mas precisa ser considerada como um dever importante, para aquele que é responsável pela vida das outras pessoas. Garantir o bem comum da sociedade impõe que o agressor seja incapaz de prejudicar outrem. Desta forma, as autoridades policiais (*snipers*), legítimos detentores da autoridade, possuem o direito de repelir através de armas de fogo os agressores da comunidade civil. Basta, que os meios incruentos defendam as vidas humanas contra o agressor e protejam a ordem pública e a segurança das pessoas, respeitando os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, e especialmente de acordo com o conteúdo da dignidade da pessoa humana.

Onde não existe vida, não existe homem, e sem homem, não há direito a ser protegido e muito menos existirá o princípio da dignidade da pessoa humana com o seu valor absoluto. Ressalta-se que, a dignidade da pessoa humana tendo um valor absoluto, não significa que basta alegar que dispõe da dignidade e afirmar que em qualquer circunstância fora violada, precisa-se analisar se existiu ou não a violação.

O presente trabalho, defende que a dignidade não é um valor ponderável, visto que não pode acontecer uma colisão de dignidades, as duas dignidades precisam ser respeitadas para que não viole uma em prol de outra. O dever de respeitar a dignidade é incondicionado, imponderável e o direito de proteger como condicionado. Isto posto, a

dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” (Decreto-Lei nº 2.848, 1940).

dignidade deve ficar fora da balança como ensina Novais (2017), uma vez que não poderá ser ponderada com outros princípios e direitos fundamentais. Assim, as circunstâncias dos casos hipotéticos, no próximo subtópico, que serão ponderadas e não o princípio.

3 Metodologia

Para realizar este estudo, desenvolveu-se pesquisa bibliográfica, com leitura exploratória, seletiva, analítica e interpretativa das fontes identificadas. Considerou-se para esta análise: notícias veiculadas em sites a propósito do narcoterrorismo e da atuação de *snipers* no Brasil, a legislação brasileira e doutrinas majoritariamente brasileira e portuguesa que tratam do tema.

A análise contempla o contexto em que se torna possível a atuação de *snipers* no Brasil, sua caracterização e modo operacional e, no diálogo com o referencial teórico apresentado, a (im)possibilidade de violação do princípio da dignidade da pessoa humana na ação desses atiradores.

4 Resultados e discussões

4.1 O “abate” e o narcoterrorismo

Durante a campanha eleitoral de 2018, o instrumento da legítima defesa se tornou objeto de vários programas governamentais, de candidatos diversos, visto que, o clima de insegurança nas cidades não para de crescer e a população clama por novas medidas. Os candidatos com ideias mais firmes ao combate do crime organizado propuseram uma maior amplitude ao conceito da legítima defesa, seja em se tratando do cidadão comum, seja em relação a atuação policial, onde o policial teria uma maior discricionariedade para decidir sobre o uso da arma (Nogueira, 2018).

Passadas as eleições, muitos desses candidatos foram eleitos, outros não, e o tema, mais uma vez, provocou uma enorme polêmica nas grandes mídias, mídias sociais e entre os especialistas do Direito, por causa do discurso do governador eleito do município do Rio de Janeiro, que, resumidamente, defendeu o “abate” por atiradores de elite das

polícias (*snipers*) de criminosos que portarem fuzis pelas ruas cariocas. Conforme o novo governador, que é ex-advogado, ex-fuzileiro naval e ex-juiz federal, a ação seria justificada pelo instituto da legítima defesa. E por que tal proposta? Porque o abate do criminoso que está portando um fuzil? É necessário analisar alguns pontos relevantes para compreender o motivo da proposta e o próximo subtópico.

Hoje, o Brasil é um dos países mais violentos do mundo, tendo mais de 62 mil homicídios por ano segundo a recente pesquisa realizada (Vaz, 2018). O país vive uma guerra civil não declarada, na cruel realidade fática. Em 2018, o Rio de Janeiro sofreu intervenção federal, uma providência excepcional prevista no artigo 21º da Constituição da República Federativa do Brasil, e a justificativa foi que as estatísticas da criminalidade eram alarmantes, aplicando-se assim a medida pela primeira vez em 30 anos, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

E por que o abate do criminoso que está portando um fuzil? O fuzil, é considerado como uma arma de guerra, de uso restrito das forças armadas.¹⁵ Para se ter uma ideia do seu poder de fogo, alguns coletes balísticos não suportam um tiro de fuzil e são poucas as viaturas policiais que possuem blindagem. Por exemplo, o fuzil sete meia dois, possui a capacidade de derrubar um helicóptero, o seu disparo pode alcançar uma distância de aproximadamente dois quilômetros, sendo raro quando uma pessoa consegue sobreviver depois de ser atingida por este tipo de armamento. O porte ilegal de arma de uso restrito é considerado no Brasil como crime hediondo.¹⁶

Para os opositores da medida, essa proposta não encontra amparo na legislação e violaria a dignidade da pessoa humana, sendo um tipo

15 Art. 16. São de uso restrito: §2 - armas, munições, acessórios e equipamentos iguais ou que possuam alguma característica no que diz respeito aos empregos tático, estratégico e técnico do material bélico usado pelas Forças Armadas nacionais. (Decreto nº 9.493, 2018)

16 Art. 1º - Parágrafo único, da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação: “Consideram-se também hediondos o crime de genocídio previsto nos arts. 1o, 2o e 3o da Lei no 2.889, de 1o de outubro de 1956, e o de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, previsto no art. 16 da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, todos tentados ou consumados” (Lei nº 13.497, 2017).

de pena de morte disfarçada, pois o criminoso será executado apenas por estar portando o fuzil e sem o devido processo legal, enquanto que os apoiadores da medida afirmam que a legítima defesa já a ampara legalmente.

A proposta de atirar em suspeitos com fuzis já foi implantada na prática em algum lugar? Sim. Já existiu casos em que as tropas das Forças Armadas atiraram em membros de forças rebeldes e em gangues armadas no contexto da missão de paz, da ONU no Haiti, por estarem portando fuzis. A lei que eles seguiam era o capítulo sete da Carta das Nações Unidas, uma legislação que tem elementos do Direito Internacional de Conflitos, e, embora tenha restrições ao uso da força, dá ao combatente mais flexibilidade para decidir, no local, quando atirar para matar (Kawaguti, 2018).

O governador *Witzel* prega que traficantes devem ser tratados como terroristas e abatidos, e firma que teria a ajuda do Presidente *Bolsonaro* para encaminhar um projeto de lei antiterrorismo, ao Congresso Nacional, que enquadre os traficantes como terroristas para que eles possam ser abatidos se estiverem portando fuzil (Alencastro & Soares, 2019). *Witzel*, já começou a selecionar atiradores de elite para essa tarefa.¹⁷

Algo um pouco semelhante já existe no Brasil. Por exemplo, a lei de drogas tem como bem jurídico tutelado a saúde pública, e o tráfico de drogas sempre foi considerado como um grave problema social. Uma das alternativas para resolvê-lo é através de políticas proibicionistas. Uma das políticas proibicionistas elaborada, com o objetivo de impedir o tráfico de drogas, foi o Decreto 5.144/2004, que teve como fundamento o artigo 84º, IV da Constituição Federal de 1988. Regulamentou o artigo 303º, §§ 1º, 2º e 3º do Código Brasileiro de Aeronáutica. Foi intitulado como o “Decreto do Abate de Aeronaves”, tendo a finalidade de impedir que drogas entrem no território nacional pela via aérea e para isso, prevê que no caso de as medidas de averiguação, intervenção e persuasão falharem ou serem desobedecidas por

17 Outra decisão no campo da segurança que *Witzel* já tomou foi a de pedir um levantamento nas polícias Civil e Militar sobre o número de “snipers” (atiradores de elite) que possam ser empregados em ações contra traficantes de drogas armados de fuzil – ele defende o “abate” desses criminosos sem que os policiais sejam responsabilizados por isso (Pennafort, 2018).

parte do piloto da aeronave interceptada, a aeronave então, será considerada como suspeita para o uso do tráfico de entorpecentes, ocasião a qual, será considerada como hostil e poderá sofrer a medida para a sua destruição.

Apesar de existir o referente Decreto, uma grande parcela dos juristas entendem que ele é inconstitucional, e fundamentam o seu posicionamento de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio do contraditório e da ampla defesa, o princípio da proporcionalidade e ainda, na impossibilidade de instituir pena de morte, salvo em caso de guerra declarada.¹⁸

Silva (2009) orienta que a busca pela convivência pacífica não significa que a sociedade não poderá ter conflitos, o problema ocorre quando esses conflitos se resultam em vias de fatos e ofendem bens jurídicos tutelados. Desta maneira, verificar-se-á se o presente caso do abate violaria o princípio da dignidade da pessoa humana.

Os crimes aumentaram, nas últimas três décadas, e alcançaram atividades econômicas fora da criminalidade de rua, com foco no patrimônio, agora, ocorriam diversos assassinatos, principalmente de jovens adultos e adolescentes vinculados ao tráfico de drogas. Contudo, a evolução da criminalidade não foi acompanhada pelas políticas de segurança pública, que permaneceram formuladas e implementadas como antes, não adaptadas aos crimes que desorganizaram os modos de vida social e os padrões de sociabilidade (Adorno & Salla, 2007. Construiu-se uma nova ordem social através do poder econômico e da violência, utilizando armamentos de guerra para a manutenção deste poder e para a continuação do terror gerado pelo narcoterrorismo (Dias, 2011).

4.2 A (im)possibilidade de violação do princípio da dignidade da pessoa humana na ação do *sniper*

A natureza absoluta do princípio da dignidade da pessoa humana exige, sob pena de aplicação distorcida ou até errônea do princípio jurídico, o apuramento da eventual violação da dignidade da pessoa humana com pleno atendimento e valoração das circunstâncias do caso,

18 Artigo 5º, XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX. (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988/2013)

incluindo a necessidade de proceder a juízos de ponderação (Novais, 2017). Esse ensinamento será muito bem visualizado neste espaço do trabalho, visto que, a ação do *sniper* poderá ocorrer de diversas maneiras e com circunstâncias diferentes. Não basta, afirmar que o princípio será violado ou que não será. É necessário que ocorra o estudo de cada caso para se chegar a esta conclusão. Haverá situações em que será nítida a violação e a lesão ao princípio, e outras situações que essa clareza não irá aparecer à primeira vista.

A polícia é absolutamente fundamental para a proteção e a garantia de uma vida civilizada, em qualquer momento da história (Silva, 2010). A Constituição Federal de 1988, em seu Preâmbulo disciplina a segurança como um dos valores supremos do Estado Democrático de Direito brasileiro. A “segurança” é prevista expressamente em outros dispositivos da Constituição, como: no artigo 5º, caput, figura como um direito individual e coletivo “inviolável”; no artigo 6º, caput, aparece como direito social “na forma desta Constituição”; no artigo 144º, caput, a segurança pública é tratada como um direito difuso, suscetível de tutela através de ação civil pública (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988/2013).

A própria concepção de Constituição originou-se como um instrumento para propiciar segurança, e os direitos fundamentais só se efetivam quando há segurança. Para *Montesquieu*, a segurança era uma condição da liberdade. Pois, a liberdade é um bem tão apreciado que cada qual quer ser dono até da alheia. A liberdade política, num cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança; e, para que se tenha esta liberdade cumpre que o governo seja de tal modo que um cidadão não possa temer outro cidadão (Montesquieu, 1993).

Assim, a segurança é tida como uma garantia dos direitos fundamentais, pois decorre da própria natureza e finalidade do Direito, e como consequência do Estado Democrático de Direito (Canotilho, 2003). A insegurança está mais presente e continua crescendo no Brasil, e em muitos países. A sensação de insegurança invadiu a alma. O narcoterrorismo, a criminalidade e a corrupção são regularmente notícias nas grandes mídias. Os discursos críticos dificilmente oferecem uma luz. Apenas se fala de proteção, segurança, defesa das “conquistas

sociais”. É nesse cenário que as operações policiais, especialmente na figura do *sniper*, irão ocorrer geralmente dentro das comunidades, mais conhecidas, como favelas contra membros do narcoterrorismo.

Aparece neste momento uma grande questão. Será protegida a dignidade humana do narcoterrorista e deixada de lado a dignidade das pessoas que estão em risco e a dos policiais em serviço? A resposta é negativa, pois as duas dignidades serão simultaneamente respeitadas. Deve-se analisar se a dignidade fora violada. Neste caso, o direito à vida do narcoterrorista poderá perecer de acordo com as circunstâncias. Mesmo os narcoterroristas, ou quaisquer criminosos, possuem o direito ao respeito da sua dignidade.

A preocupação do presente trabalho, não é o de avaliar as consequências políticas da proposta do “abate”, mas averiguar se a dignidade da pessoa humana seria violada em alguma hipótese. É certo, que o dever de respeito para com a dignidade será absoluto, as duas dignidades serão respeitadas. É inevitável a exigência de pesar os direitos coletivos e individuais à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, assim como de outros fundamentos constitucionais, averiguando qual deverá prevalecer a partir das circunstâncias do caso concreto (Novais, 2017).

Se a vida do criminoso for sacrificada, o abate violará o princípio da dignidade da pessoa humana? Deve-se fazer as seguintes perguntas: Houve uma eventual existência na desrazoabilidade do sacrifício?; será que era necessário para evitar o pior?; se quebra a vontade do ameaçado ou se restringe a sua capacidade de autonomia?; há coisificação ou instrumentalização?; é desumano atirar em uma pessoa com um fuzil na mão?; existiu desrespeito/desprezo do valor humano?; a vida do criminoso fica à mercê dos *snipers*, ou é um ato necessário e razoável?; o criminoso é discriminado de forma estigmatizante? Portanto, é preciso abordar o contexto, considerar e ponderar razões e alternativas.

5 Considerações finais

Entende-se, que a defesa política da proposta do abate de criminosos portando fuzis através da ação de *snipers*, trouxe importante discussão jurídica costumeiramente negligenciada no país, de sorte, que pode

refletir em um importante passo para o amadurecimento da discussão acerca da violação do princípio da dignidade da pessoa humana, e sobre o valor segurança como sendo essencial à noção de Estado de Direito. O respeito à dignidade da pessoa humana consiste em uma conquista da humanidade, sendo fruto de um longo processo histórico, que entregou a ideia de que todos os seres humanos são igualmente dignos.

Observou-se que o princípio da dignidade da pessoa humana não se coloca num dos pratos da balança, não se pondera com outros bens, não se admite que ceda perante o maior peso de outros interesses, mas em geral, não é sequer possível apurar a existência de violação do princípio sem uma atenção adequada as circunstâncias do caso concreto, sem valoração de interesses objetivos e de alternativas.

Com base no conhecimento jurídico explanado e também com o sentido de justiça comum formado pela sociedade, que foi absorvido de forma individual por intermédio da interação social, o qual fundamenta a dignidade da pessoa humana. Viu-se que poderá ocorrer a violação ou não, a depender das circunstâncias de cada caso concreto. A razoabilidade na execução de cada sacrifício é o principal diferencial de cada exemplo. Pode também não ocorrer a violação da dignidade da pessoa humana do criminoso que porta um fuzil, mas uma violação do regime legal dos deveres do policial, por exemplo, quando o *sniper* não possui a prévia autorização para o disparo, mas o efetua em legítima defesa de terceiro.

Assim, frisa-se, que não se pode confundir o direito à vida com o princípio da dignidade da pessoa humana, os dois termos não podem ter o mesmo sentido, pois seguindo o entendimento de *Jorge Novais*, seria errado dizer que qualquer violência contra a vida humana também geraria uma violência simultânea para com a dignidade da pessoa humana e a violaria.

Vivencia-se a era dos extremos e da incerteza. A incerteza gera medo, a insegurança gera o medo, a insegurança gera excessos e violência. Mesmo que o risco (ameaça) não se concretize, ele já causa, desde logo, efeitos deletérios, porquanto o medo dele decorrente, como antecipação mental da realização no mundo de riscos reais ou imaginários, pode diminuir a qualidade de vida ou de não mais existir paz, sendo capaz de provocar reações e propostas primitivas, imoderadas e até violentas.

Por fim, fica a seguinte reflexão. Existe a dúvida se o Estado está violando o princípio da dignidade da pessoa humana ao permitir que *snipers* abatam criminosos armados com fuzis a depender das circunstâncias do caso concreto, mas não restam dúvidas de que o Estado está violando a dignidade das pessoas que são afetadas diretamente e diariamente pelo narcoterrorismo. Vivem com medo, sem oportunidades, sem perspectivas de vida, sem autonomia em algumas situações, mortas por balas perdidas e até torturadas. Violação que ocorre desde o momento em que o Estado permitiu que o narcoterrorismo fosse instalado e que se expandisse de forma alarmante, transgredindo e não cumprindo assim com o seu dever de proteção.

REFERÊNCIAS

Adorno, S., & Salla, F. (2007). Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC. *Estudos Avançados*. 21 (61). 7-29.

Alencastro, C., & Soares, R. Witzel diz que traficantes serão tratados como terroristas e “abatidos”. *O Globo*. 02 jan. 2019. Recuperado em 02 junho, 2020: <https://oglobo.globo.com/ri>

[o/witzel-diz-que-trafficantes-serao-tratados-como-terroristas-abatidos-23340284](https://oglobo.globo.com/ri/witzel-diz-que-trafficantes-serao-tratados-como-terroristas-abatidos-23340284).

Canotilho, J. J. G. (2003). *Direito Constitucional e teoria da Constituição* (7a ed.). Coimbra: Almedina.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (2013). Vade Mecum. 10a. ed. São Paulo: Saraiva.

Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União de 31.12.1940. Recuperado em 08 jan. 2020. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm.

Decreto nº 5.144/2004. Regulamenta os §§ 1o, 2o e 3o do art. 303 da Lei no 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, no que concerne às aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 19 julho

2004. Recuperado em 13 jan. 2020. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5144.htm.

Decreto nº 9.493, de 05 de setembro de 2018. Aprova o Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados. Diário Oficial da União de 06.09.2018. Recuperado em 04 jan. 2020. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3665.htm.

Dias, C. C. N. (2011). Estado e PCC em meio às tramas do poder arbitrário nas prisões. *Tempo Social*. 23 (2). pp.213-233.

Frankenberg, G. (2007). Tirania da dignidade?: paradoxos e paródias de um valor supremo. (cap.1, pp. 121). Belo Horizonte: Del Rey.

Kawaguti, L. Rio: 6 questões sobre proposta de Witzel para “abater” criminosos de fuzil. *UOL*. 23 out. 2018. Recuperado em 18 junho, 2019: <https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/10/23/quais-as-consequencias-de-atirar-para-matar-criminosos-armados-de-fuzil.htm>.

Lei nº 13.497, de 26 de outubro de 2017. Recuperado em 04 jan. 2020. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13497.htm.

Maurach, R. (1994). *Derecho Penal – Parte General*. Buenos Aires: Astrea.

Montesquieu. (1993). *O espírito das leis*. (Trad. Cristina Murachco). São Paulo: Martins Fontes.

Moraes, M. C. B. de. (2006). *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. (2a ed.) (cap.1, pp. 121). Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Nogueira, I. Proposta de Bolsonaro para isentar policiais por mortes em confrontos já existe. *Folha de São Paulo*. 29 set. 2018. Recuperado em 04 jan. 2020. <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/09/proposta-de-bolsonaro-para-isentar-policiais-por-mortes-em-confrontos-ja-existe.shtml>.

- Novais, J. R. (2017). *A dignidade da pessoa humana: Dignidade e inconstitucionalidade*. Coimbra: Editora Almedina.
- Pennafort, R. Witzel quer atuação de atiradores de elite no Rio de Janeiro. *Estadão*. 30 out. 2018. Recuperado em 04 jan. 2020. <https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,witzel-quer-atiradores-de-elite-no-rio,70002575127>.
- Silva, J. A. (2009). *Curso de Direito Constitucional Positivo*. (33a ed.). São Paulo: Malheiros Editores.
- SILVA, N. M. P. (2010). *Cidadania e Segurança: Uma análise prospetiva*. I Congresso Nacional de Segurança e Defesa. Centro de Congressos de Lisboa.
- Torres, A. C. Atirador do BOPE mata sequestrador de ônibus na Ponte Rio-Niterói após mais de 3h de cerco. *O Globo*. Recuperado em 04 jan. 2020. <https://oglobo.globo.com/rio/atirador-do-bope-mata-sequestrador-de-onibus-na-ponte-rio-niteroi-apos-mais-de-3h-de-cerco-23888722>.
- Vaz, P. *Estudo confirma que Brasil é um dos países mais violentos do mundo*. 12/06/2018. Recuperado em 04 jan. 2020. <https://www.voaportugues.com/a/brasil-%C3%A9-um-dos-pa%C3%ADses-mais-violentos-mundo/4435875.html>.

OS DESAFIOS DA ADVOCACIA NA DEFESA DAS PRERROGATIVAS: A RELAÇÃO DO CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE E A VIOLAÇÃO DAS PRERROGATIVAS

Eduardo Luís da Silva Pacheco

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece, em seu artigo 133, que a participação do advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites que a lei estabelece. Tal preocupação do constituinte é permeada pela importância evidente da advocacia no Estado Democrático de Direito, tendo em vista que sem advocacia a existência da Democracia está, de fato, comprometida.

Prerrogativas da advocacia, em essência, é a garantia de uma defesa peremptória, em busca do equilíbrio na relação judicial e permitindo o devido processo legal alcançar sua completude, respeitando todos os liames processuais, garantindo o exercício pleno desse direito.

A democracia em que vivemos, em linhas gerais, é o ato do povo ao delegar a competência representativa, ou seja, é quando se permite ser coordenado, para não dizer controlado, de forma a resguardar alguns mecanismos de defesa desse próprio corpo que se cria. Parte desses mecanismos é a garantia de defesa em relação ao próprio Estado. A não possibilidade de exercício desses direitos faz surgir figuras de

personalidade autoritária, dominadora, possibilitando, inclusive, quadros como a ditadura.

Observar momentos anteriores à democracia é perceber, por exemplo, o fato que o próprio Nazismo de Hitler foi permeado dentro da legislação pertinente da época. As condutas seguiam o que a lei permitia, e, também, a ditadura no Brasil que até nos dias de hoje recebe críticas de não ser classificada como golpe militar e sim o simples exercício de direito que vigorava.

Defender as prerrogativas é tema recorrente e sua história registrada foi marcada pelo ato imperial no ano de 1943. A preocupação pela necessária manutenção da livre advocacia foi evidenciada no Decreto nº 20.784, na gestão provisória de Getúlio Vargas, em 1931, a qual assegurava os direitos dos advogados brasileiros, ampliados nos Estatutos da Advocacia de 1963 (Lei n. 4.215) e de 1994 (atual, Lei n. 8.906).

O grande problema está na pouca ou nenhuma familiaridade da própria classe sobre as prerrogativas e sua função essencial. Não se trata de mero deleite ou vaidade do Advogado, e sim da condição mínima de trabalho para garantir o direito de todos.

A lei 4.898/1965 previa o crime de violação das prerrogativas, de forma branda, com pena de 10 dias a 6 meses e multa. Hoje, o Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94), após atualização legislativa, de fato criminaliza, em seu art. 7-B, a violação desse direito.

Essa atualização foi introduzida pela lei n. 13.869 (Lei de abuso de autoridade), impondo ao agente o dolo específico, ou seja, a necessária comprovação da finalidade específica em prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por meio de capricho ou satisfação pessoal.

Esse ponto transborda um pensamento paradoxal entre o crime de abuso de autoridade e o crime de violação das prerrogativas, tendo em vista a necessidade do dolo específico do agente para que seja responsabilizado pelo crime de violação das prerrogativas.

O Direito Penal, como é sabido, será sempre a última *ratio*, ou seja, acionado apenas quando todos os outros ramos do direito não forem suficientes na tutela do determinado bem.

Chegar ao ponto de criminalizar a conduta que impede o livre exercício da profissão é, no mínimo, atestar as dificuldades enfrentadas pelos advogados para prosseguir com suas funções habituais.

1. PRERROGATIVAS

1.1. MARCO HISTÓRICO

No dia 07 de agosto de 1843, foi criada a instituição máxima do conhecimento jurídico na prática advocatícia no Brasil, o IAB – Instituto dos Advogados brasileiros, instituição que posteriormente viria a criar a OAB – Ordem dos Advogados do Brasil. Desde aquela época, os debates sobre a defesa do exercício da profissão já eram latentes e pautados de forma recorrente.

A necessária manutenção da livre advocacia foi evidenciada no Decreto nº 20.784, na gestão provisória de Getúlio Vargas, em 1931, o qual assegurava os direitos dos advogados brasileiros, ampliados nos Estatutos da Advocacia de 1963 (Lei n. 4.215) e de 1994 (atual, Lei n. 8.906).

A Constituição Federativa do Brasil de 1988 elucida, de forma cristalina, a importância da advocacia no estado democrático de direito. Dispõe, em seu art. 133, que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Tal propositura traduz a preocupação do constituinte em resguardar essa profissão, que é um dos pilares da democracia; afinal, como bem dizia o pensador Britânico Thomas Hobbes, em 1651, “o Estado é um mal necessário” e “o Homem é o lobo do Homem”, definições essenciais e naturais do ser humano.

Para Hobbes, as pessoas não conseguiriam conviver em harmonia sem uma figura de autoridade, delimitando seus passos, pois estariam perfeitamente em condições de ultrapassar padrões necessários de sobrevivência e convivência do ser humano racional. Assim, a figura do contrato social se tornaria essencial para conduzir a sociedade e buscar o equilíbrio nas relações.

Tempos antes, Montesquieu, em 1748, no fervor da criação da estrutura da divisão dos poderes, justifica a necessidade dessa separação e controle com a famosa frase “todo homem que tem o poder é tentado a abusar dele (...). É preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.”

Assim como o homem está compelido ao caos, em caráter de simetria, o Estado, formado por homens, também estaria propício à implosão e tentativa de domínio absoluto. Desta forma, a preocupação do constituinte é convalidada em defender o povo, embora “detentor” do poder em meio a uma democracia, do poder absoluto do Soberano (Estado).

1.2. DEFESA DA AUTONOMIA DE PROFISSÃO

O art. 43, da Lei n. 13.869/2019, cria o art. 7º - B, na Lei n. 8.906/94, estabelecendo que “constitui crime violar direito ou prerrogativa de advogado previstos nos incisos II, III, IV e V do caput do art. 7º da referida lei. A pena de detenção imposta ao agente que incorrer na referida norma é de 3 (três) meses a 1 (um) ano”.

As prerrogativas, cuja violação foi criminalizada de forma efetiva, inseridas no art. 7º, da Lei n. 8.906/94, são:

II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia;

III - comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis;

IV - ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB;

V - não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela OAB; e, na sua falta, em prisão domiciliar;

Nesse ponto é possível concluir que as prerrogativas são, na verdade, o simples exercício da profissão e a garantia que a própria lei esta-

belece para a ação da advocacia. São ferramentas para que o advogado possa atuar de forma equilibrada quando comparado às demais forças, sem que possa sofrer consequências prejudiciais posteriormente.

Atuar sem as prerrogativas é o mesmo que entrar em campo de guerra sem equipamento para combate. Um advogado não pode temer o processo, não obstante deve se encorajar com a proteção que a própria constituição fornece, permitindo a ampla defesa de qualquer cidadão, independentemente de sua condição e, principalmente, em condição vulnerável, tendo em vista o Decreto-Lei n. 4.657/1942, lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 3º, que prescreve: “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

1.3. LIMITES À CONDUTA DO ADVOGADO

Referir-se à conduta do advogado não é se limitar à relação com seu cliente, pelo contrário, o aspecto avaliativo é todo o relacionamento existente dentro do prospecto processual, inclusive a relação com a parte contrária, autoridades, servidores e terceiros, como descreve o art. 27 do Código de Ética da OAB.

A Ordem dos Advogados do Brasil possui o papel primordial de conduzir e estabelecer os limites necessários para preservar a boa relação processual. Esse caminhar deve estar pautado sempre pelo respeito e manutenção do bom relacionamento, não obstante a incansável luta pela garantia das prerrogativas.

Toda preocupação em manter o equilíbrio de atuação concatena em função de evitar os excessos e as consequências dessas atitudes. A conduta, quando viciada, faz com que os pilares do processo se distanciem e criem barreiras naturais de defesa. Tais características sendo naturais do ser humano. O fato é que resulta na dificuldade de atuação profissional, considerando que o processo é pautado por relações interpessoais necessárias para garantir, principalmente, os princípios da ampla defesa e do devido processo legal, sem contar, é claro, da dignidade da pessoa humana, resguardando todos os princípios básicos universais.

O maior impactado com esse “conflito de ego” é o estado democrático de direito, pois temos, além da ingerência estatal, a inserção equivocada e exacerbada do indivíduo no direito de todos.

Ronald Dworkin, em 1985, desenvolve a teoria do romance em cadeia que ilustra, de forma clara, como deve pautar-se a interpretação/atuação jurídica. Em sua obra, “Uma questão de princípios”, cria uma metáfora quando seleciona alguns escritores para escreverem um livro. O primeiro seria responsável por escrever o primeiro capítulo e os demais acrescentariam, cada um deles, um capítulo seguinte, entretanto, sem a liberdade de criação de novas histórias, partindo do subjetivismo interpretativo do escritor. A proposta era iniciar a partir do que já estava escrito e dar continuidade por meio de sua interpretação sobre o caso.

Essa interpretação jamais deverá ser confundida com a discricionariedade em sentido subjetivo, impactado por sua cultura, crença e/ou opiniões pessoais. Aqui se fala em uma interpretação técnica pela moral, pós-convencional, traduzida por Lawrence J. Walker, em 1989, da teoria Kohlbergiana, munida do contrato social e orientada pela Ética universal.

Criar barreiras entre os integrantes do processo é quebrar essa estrutura delimitada pelo desenvolvimento do direito. Por isso, respeitar as prerrogativas de cada profissão e cada cidadão é respeitar o processo e permitir que a democracia permaneça.

2. CRIMINALIZAÇÃO DA VIOLAÇÃO DAS PRERROGATIVAS

Ao Estado é delegada a função do controle social/formal, ou seja, construir as balizas necessárias de conduta humana para preservar o contrato social, a migração do ser humano natural para o ser humano social. Esse controle pode apresentar diferentes formas, a depender da situação ou necessidade de atuação do Estado.

Criminalizar uma conduta é levar algo que nenhum outro ramo do direito foi possível tutelar de forma independente e satisfatória, por isso, esse ramo do direito é considerado como “última *ratio*”. O Estado, pautado pelo princípio da intervenção mínima, atuará na esfera penal, apenas para coibir a ação de extrema gravidade.

A busca pela justiça é o que motiva o Estado a sair da “inércia” e passar a tutelar determinado fator até então não vislumbrado como

necessário para interferência, resguardando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Sobre o tema, Ferraz Jr. EM 2019, expõe:

“A presença, pois, da justiça como uma espécie de código de ordem superior, cujo desrespeito ou violação produz resistência e cuja ausência conduz à desorientação e ao sem-sentido das regras de convivência, pode-nos levar a admiti-la como um princípio doador de sentido ao universo jurídico. Seria um princípio racional ou seria um sentimento irracional, mera crença que pode ser “sentida”, mas jamais demonstrada?”

A análise de certo e errado, justo e injusto, adequado e inadequado, sempre permeou o aspecto subjetivo social, tendo em vista a impossibilidade de vislumbrar a definição em caráter total. No presente caso, as balizas de justo e injusto, inclusive, foram definidas pela própria Lei maior, a Constituição Federal, no artigo 133, destacando a importância e necessidade do advogado para a manutenção da justiça e garantindo o direito de exercício da profissão.

Assim, criminalizar a violação das prerrogativas é atestar que, de fato, existe um abuso real e, por isso, a necessidade de tutela penal para se resguardar o direito. Tal fato causa maior preocupação, pois reflete, diretamente, na atuação e resultado do trabalho. Quantos processos podem ter sido contaminados por esse ataque de ego e conduzidos para um resultado manipulado?

3. CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE X CRIME DE VIOLAÇÃO DE PRERROGATIVAS

Distinguir os dois conceitos é o início da compreensão da profundidade do tema, tendo em vista a particularidade inserida logo no art. 1º, §1º, da Lei n. 13.869/2019, que dispõe:

Art. 1º Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.

§ 1º As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

O parágrafo 1º estabelece o dolo específico para classificar a conduta do agente público em abuso de autoridade. A doutrina tradicional faz distinção entre dolo genérico e dolo específico. O legislador converge no entendimento que a vontade, nas duas classificações, será de praticar a conduta típica, mas, no caso do dolo específico, ainda adiciona-se a finalidade objetiva, direcionada ao agente (vítima) específico.

Damásio de Jesus, em 2015, na sua obra *Direito Penal I – Parte Geral*, defendia que o dolo era apenas um, e o que muda é, na verdade, o elemento subjetivo do tipo.

(...) Assim, na própria noção do dolo já existe a vontade de produzir o resultado. Se na própria noção de dolo já existe a exigência de o agente ter vontade de produzir o resultado, tanto faz que este se encontre no fato material ou fora dele. A vontade é a mesma; o dolo é o mesmo. O impropriamente chamado dolo específico é um elemento subjetivo do tipo.

A partir da distinção levantada, é convicta a ideia do dolo com elemento subjetivo do tipo ou apenas dolo específico destacar a conduta com a intenção clara e evidente de atingir o objeto específico, sendo para prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

Quando a referência incide no crime de violação das prerrogativas, sem dúvida, não há a possibilidade de limitar a ação do agente público ao dolo específico, tendo em vista que qualquer conduta, independente da especificidade intencional do agente que violar as prerrogativas da advocacia, garantidas por lei, deverá ser reparada imediatamente.

Assim, é oportuno que a garantia constitucional de uma defesa plena, estabelecida pelo princípio do devido processo legal e da ampla defesa, dentre tantos outros, seja respeitada e protegida, a fim de ga-

rantir um processo cristalino, correto e com condições de alcançar o melhor resultado possível.

4. ATO REACIONÁRIO DA MAGISTRATURA E MINISTÉRIO PÚBLICO

4.1. ESPÍRITO DE CORPO (PROTEÇÃO DA CATEGORIA)

Com o advento da lei de abuso de autoridade, diferentes reações foram percebidas por setores que seriam impactados. Tais reações foram determinantes para consolidar a percepção de união entre, principalmente, a magistratura e o Ministério Público.

Com as informações vazadas pelo portal de notícias The Intercept Brasil, ficou evidente que a aproximação dos setores é real. Isso, sem dúvida, é o espelho quebrado da democracia e o direito de um devido processo rompido por forças do próprio Estado.

Em reação contrária ao texto da Lei de abuso de autoridade – Lei 13.869/19 – diversas foram as manifestações das categorias que se sentiram afetadas. Entretanto, o que mais chamou atenção foi a ação conjunta, uma espécie de espírito de corpo por parte de integrantes da magistratura e membros do Ministério Público. O destaque sempre foi em combater a corrupção, não aceitando limites na atuação.

Essa ação conjunta impacta diretamente na lisura dos procedimentos judiciais. Tal fator é de extrema relevância por impactar diretamente na estrutura democrática da Nação, tendo em vista que, se fizer uma análise sucinta, as ações conduzidas de forma conjunta, ferindo, no mínimo, a possibilidade da ampla defesa.

A Lei de abuso de autoridade surge justamente para tentar desentranhar esses laços firmados e garantir ao povo o seu direito.

4.2. CONTRARIEDADE DA GARANTIA DO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO

O argumento principal, contrário ao então projeto de lei, estava marcado no rompimento da autonomia dos setores impactados, sendo fator impeditivo para a manutenção da justiça.

O Presidente do Superior Tribunal de Justiça, o ministro João Otávio de Noronha, em contrapartida, em 2019, defendeu a referida Lei, destacando que

“Aquilo vale para todas as autoridades, seja do Judiciário, seja do Executivo, seja do Legislativo. A lei é para todos. E nós também, juízes, temos que ter limites na nossa atuação, assim como tem os deputados, como tem o presidente da República, como tem os ministros do Executivo. Portanto, acredito que o que tem aí deve ser um aprimoramento da legislação”.

Um posicionamento sensato e adequado para quem já atua dentro do que é delimitado, pensar diferente disso é o mesmo que evidenciar a disparidade de atuação que a Lei visa combater.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia, tanto defendida no presente trabalho, não se exime da existência de um Fascismo, mesmo que oculto. Esse comportamento é inerente ao ser humano, dentro da perspectiva do poder. A necessidade de criação de uma lei para se preservar as prerrogativas do povo vai ao encontro dessa fragilidade do direito para os mais fracos.

A crise atual do judiciário permeia, necessariamente, no aspecto de ego, ou seja, uma sensação de fazer justiça (na perspectiva extremamente subjetiva) com as próprias mãos, mesmo sendo necessário romper barreiras éticas e morais estabelecidas dentro do Estado.

A necessidade de proteção do livre exercício da profissão perdura toda a história do Brasil, o que constata a verdadeira batalhada travada pela advocacia em garantir não apenas a sua profissão, mas também um processo livre de qualquer corrosão subjetiva que possa contaminar o procedimento.

A advocacia resistiu, travou grandes batalhas contra o sistema, até ser reconhecida como um verdadeiro pilar da democracia na Constituição de 1988. Esse, sem dúvida, foi o fator determinante que convalidou toda a trajetória dessa profissão.

Mesmo com esse reconhecimento do Constituinte, a luta não se encerrou. A Lei de abuso de autoridade é prova cabal da necessidade,

inclusive na intervenção da última *ratio* do Código Penal, de proteção do direito do povo.

Com todo o sacrifício, a Lei 13.869/19 pode ser vista como uma vitória social, entretanto, nada é definitivo, ainda por estar em um país que a Lei precisa “pegar”, ou seja, não basta entrar em vigência para garantir sua aplicabilidade, precisa ser “aceita” pelo sistema e assim garantir sua aplicabilidade. Um absurdo convencionado que será enfrentado para que o direito possa ser preservado e garantido.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BRASIL. Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963. Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF: Presidência da República.

BRASIL. Lei nº 4.898, de 09 de dezembro de 1965. Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Brasília, DF: Presidência da República.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF: Presidência da República.

BRASIL. Lei nº 13.869, de 05 de setembro de 2019. Crimes de abuso de autoridade. Brasília, DF: Presidência da República.

BRASIL. Decreto nº 20.784, de 14 de dezembro de 1931. Regulamento da Ordem dos Advogados Brasileiros. Rio de Janeiro: Presidência da República.

Código de Ética e Disciplina da OAB, VADE MECUM, Editora Saraiva, 29ª edição. São Paulo. 2020

<https://www.conjur.com.br/2019-ago-15/limites-presidente-stj-abuso-autoridade>

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*; tradução Luís Carlos Borges – São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao ensino do direito*. Editora Atlas. São Paulo, 2019

HOBBS, Thomas. *Leviatã. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. (Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva). 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

<https://theintercept.com/brasil/>

JESUS, Damásio de. *Direito penal, volume 1 : parte geral* / Damásio de Jesus. — 32. ed. — São Paulo : Saraiva, 2011.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

WALKER, Lawrence J. *A Longitudinal Study of Moral Reasoning: University of British Columbia*, 2016.

FRACTAIS JURÍDICOS

Nilson Tadeu Reis Campos Silva

Sônia Letícia de Mélo Cardoso

INTRODUÇÃO

As origens comuns de todos os conflitos que envolvem a Humanidade podem ser encontradas em uma ou mais de cinco barras: de ouro; de terra; de saia; de relações interpessoais; e na barra padrão.

Na barra de ouro tem-se a gênese das contendas sobre dinheiro, riquezas, trabalho, comércio, indústria, contratos, obrigações, tributos, e a prestação de serviços públicos e privados.

Já a barra de terra propicia a geração das disputas imobiliárias, mobiliárias e patrimoniais, além dos embates políticos envolvendo cidadania, soberania e relações internacionais e nacionais.

Quanto à barra de saia, é imperiosa uma contextualização histórica dessa expressão, posto que até a metade do século XX, todos os clérigos, assim como os demais religiosos, utilizavam vestimenta peculiar similar a um vestido feminino: para os cristãos, veste talar chamada de batina; para imãs e califas, roupas opacas cobrindo até os joelhos; para monges, quimono composto por uma veste superior (“donka”), uma inferior (“chogu”) e uma interior (“shamtab”); para adeptos do candomblé, o traje de orixá comporta uma multiplicidade de elementos: abadá (blusa), ojá (pano na cabeça), saias, filá (estilo de chapéu), turbantes, adê (espécie de coroa cerimonial).

As pessoas do sexo feminino não usavam roupas masculinas: somente ao final do século XIX as mulheres começaram a usar calças e

blusas para o trabalho industrial, sendo que apenas na década dos anos sessenta, André Courrèges introduziu na moda ocidental o uso de calças compridas para as mulheres.

Essa digressão permite entender que, na barra de saia, se encontram as origens dos choques de interesses religiosos, morais e culturais, perceptíveis também pelos códigos de vestuário adotados por diversos grupos ou comunidades.

Na barra das relações interpessoais se encontram as raízes dos conflitos afetivos, familiares e intergeracionais, inclusive as virtuais desenvolvidas no ciberespaço – como as redes sociais.

Por fim, na barra padrão ou código de barra, vinculada ao conhecimento como modelos, medidas, paradigma ou mesmo arquétipo, conceito criado por Carl Gustav Jung, que é seguido ou imposto à sociedade (2011, p. 71).

A barra padrão abarca a forma previsível de comportamento da humanidade, o modelo análogo de pensamento, controle das massas, disputas pelo poder, engenharia social, modelo de uso de tecnologias, ou seja, o padrão similar empregado em várias áreas do conhecimento pela sociedade contemporânea.

Difícilmente encontrar-se-á, nos dias de hoje, uma espécie de desavença cuja raiz não se encaixe em uma dessas cinco barras, ou na conjugação das mesmas, que compõe, à guisa de Matrix, o pentagrama que representa o indivíduo diante do Universo e perante o Outro.

Isto autoriza a refletir que a missão do Direito pode e deve ser simplificada desde a objetividade no ataque às causas dos conflitos, e não aos seus efeitos.

A pesquisa parte também de outra premissa: o fato de não existir uma única forma de se visualizar o Mundo para se entender o Homem e sua trajetória.

Assim, é possível passar à análise das três ordens de considerações que envolvem o tema, ou seja, identificar: o problema; o objetivo a ser alcançado e as possíveis soluções.

Ao contrário de Michel Foucault (1995, p. 234-235), para quem os embates hodiernos precisam ter como posição estratégica o ataque a toda forma de poder aplicável à vida cotidiana imediata e que pretende dizer quem somos nós, a presente reflexão não questiona a identidade e

tampouco o estatuto do indivíduo: antes, aceita o Ser em sua unimultiplicidade para ressignificar a liberdade, a tolerância e a diversidade.

Como assinala Paulo Bonavides (1999, p. 568) o indivíduo é o valor primário e referencial da sociedade: oponível e superior ao Estado, e titular de direitos naturais, o que torna imperiosa a preservação de valores espirituais e materiais que embasam aqueles direitos.

A vida do ser humano compreende um processo contínuo no tempo, marcado pela transição bio-psicofisiológicos e sociais que, na dicção freudiana, significa a confluência de três causas: a decadência corporal, uma vez que a premência dos sinais da proximidade da dissolução do organismo inflige angústia; do mundo externo, posto que a natureza pode ter um impacto devastador; e, do Outro, tanto social e profissional, quanto dos intimamente relacionados, porque podem ser altamente destrutivos da autoestima (FREUD, 1974, *passim*).

Por isso é preciso discorrer sobre o tempo, conceito inventado pelo ser humano para apreender as mudanças no mundo e em si próprio, cuja melhor compreensão pode ser percebida mediante uma visão sistêmica.

A reflexão sobre os desdobramentos do tempo permite encontrar uma conectividade entre Khronós, Kariós e Aión não visualizadas como dimensões diversas, mas como escalas distintas de tempo: curto, médio e longo prazo, matizadas por tipos também diversos de interesses: os nossos; os dos seres relacionados a nós; e os de todos os demais, sencientes ou humanos.

Quando referidos interesses entram em rota de colisão, impedem ou dificultam a efetivação de direitos fundamentais, o que até pouco tempo era resolvido ou por meio de diálogo ou de acordos obtidos com o aconselhamento de mediadores naturais como idosos, religiosos ou médicos, e hoje, na impossibilidade de superação, busca-se o ajuizamento da questão e a solução imposta por juízes.

O esgarçamento de valores como respeito, confiança e honestidade, aliado à ambição de conquista de patrimônio; de vantagens pessoais e de sucesso, e à ânsia pelo exercício de poder, propiciou o desenvolver de uma cultura voltada à obtenção de ganhos, em especial no Poder Legislativo, esfera em que a paternidade de projetos que deveriam redundar em aprimoramento do ordenamento jurídico se transformou

em alvo de disputas por partidos políticos mais interessados na obtenção de dividendos (monetários ou políticos) do que em benefícios para os seus eleitores, litigiosidade que deu origem ao fenômeno da judicialização, ocorrência logo espraiada por todo o “ethos” social.

A banalização do acesso à Justiça transmutou o Poder Judiciário em canal prioritário na busca de solução para quaisquer contrariedades a interesses, fazendo acendrar o protagonismo do Poder Judiciário, em especial por parte do Supremo Tribunal Federal.

Esses excessos acabam por tornar a Justiça mais lenta e mais ineficaz, assim como a utilização de um remédio em dose excessiva produz o efeito rebote, contrário ao terapêutico esperado.

A compreensão de que os conflitos de interesses radicam em cinco barras, distribuídos nas escalas temporais, pode tornar possível aditar à ressonância afetiva com o Outro a conscientização de sua situação e assim se construir adequada solução a eles.

É necessário, para tanto, superar os dois principais óbices criados pelas diferenças – de tempo, de interesses, e ontológicas, o que se consegue, mais do que com o respeito ao “Alter” (o Outro, não o “Alter Ego”), com a sua aceitação com todas as suas idiossincrasias e com a disseminação da empatia aos que não são nem próximos (por laços parentais, afetivos ou de compaixão ante a eventual vulnerabilidade física, patológica, emocional ou econômica) nem simpáticos ou agradáveis – segundo nossa particular percepção estética, moral, religiosa, ética ou axiológica.

A flexão da alteridade, modulada pela liberdade, pela diversidade e pela tolerância, pode ser alcançada também pelo câmbio da ótica: do mundo; do Direito; do tempo e do trânsito dos indivíduos na sociedade.

1. FRACTAIS

Existem várias maneiras de se desvendar o Mundo, a Natureza e o Homem e, assim, embora os fenômenos se apresentem aleatórios, irregulares, assimétricos, obedecem a determinados padrões.

Essa constatação levou ao desenvolvimento, na Física e na Matemática, das áreas conhecidas como Sistemas Dinâmicos e Teoria do

Caos, nas quais se utilizam equações capazes de gerar figuras geométricas conhecidas como fractais, sendo um dos conjuntos de fractais mais conhecidos o do matemático polonês Benoît Mandelbrot, a quem se deve a sua popularização desde 1975.

Tem-se assim, uma maneira singular de se descrever o mundo: um modo fracionário, em que se pode constatar a existência de objetos que não podem ser descritos – porque não são uniformes.

O fractal não é explicado pela geometria euclidiana, pois possui dimensão fracionária e porque possui duas características básicas: complexidade infinita e auto similaridade.

A complexidade infinita é a propriedade dos fractais que impede sua representação exauriente, porque a quantidade de detalhes é infinita e sempre existirão reentrâncias e saliências cada vez menores: um “zoom” em um detalhe do fractal revela novos detalhes.

A fração está relacionada com a quantidade e a escala de ampliação da figura geométrica contida dentro dela mesma, característica denominada como a auto similaridade e que implica a apresentação de cópias aproximadas do próprio fractal em seu interior.

Um pequeno pedaço de fractal é similar ao todo, por isso que, visualizado em diferentes escalas ou dimensões, a imagem de um fractal parece similar.

Nessa esteira, pode-se verificar que a topologia da rede internet é um elemento fractal em relação a redes metropolitanas ou locais de computadores, ou seja, pode ser dividida em partes menores com idênticas características.

Os cientistas têm encontrado fractais em várias áreas, com aplicação prática: na Medicina, a estrutura do pulmão e as ramificações dos neurônios remetem a essas figuras, por isso a compreensão do desenvolvimento dos fractais pode ajudar a prever a evolução de doenças como o câncer, facilitando diagnósticos precoces.

Na Geografia pode-se estudar a instabilidade dos solos e prevenir catástrofes como os das regiões serranas, mediante a definição, por computador, dos padrões fractais: os dobramentos das camadas de rocha que formam o solo são criados por dobraduras ainda menores, como um fractal.

Na Economia, utiliza-se o conceito de fractal para a elaboração de estatísticas precisas do comportamento das Bolsas de Valores, porque a

variação do valor da ação em um dia de pregão é similar à variação de uma semana, um mês, um ano ou uma década.

Na Psicologia, a visagem dos sentimentos e das sensações como fractais permite a melhor compreensão seja das fases do luto, seja das reações atitudinais nas relações interpessoais, daí ser possível decifrar mandalas junguianas como fractais emocionais e não meramente pictóricas ou oníricas: são figuras geométricas apresentadas subdivididas nas quais o círculo de cada uma está circunscrito por outro círculo ou quadrado, provocando a sensação de ser o seu centro (logo, expressão da totalidade da “psique”) e ao mesmo tempo fonte de irradiação e de convergência (a expressão do arquétipo “self”) a simbolizarem o caminho da vida humana – que é único.

A palavra sânscrita “mandala” significa círculo, mas no âmbito dos costumes religiosos é o diagrama que representa o ser humano e o universo, e no da psicologia designa imagens concêntricas desenhadas, pintadas, ou configuradas plasticamente, para simbolizarem a luta pela unidade do eu ou danças (JUNG, 2000, p. 328).

Também na música cabe a aplicação de fractal: Phil Jackson lançou, em 1998, o álbum “Organized Chaos”, transformando cálculos matemáticos em música fractal.

Na computação gráfica, fractais têm sido utilizados como base de animações digitais, auxiliando a criar texturas, a simular vegetação ou a construir paisagens complexas.

Os fractais são aplicáveis também na produção de jogos e na criação de filmes, para desenvolver cenários e efeitos especiais como Jornada nas Estrelas II: A Ira de Khan (1982); Retorno de Jedi (1983), Apollo 13 (1995) e Titanic (1997).

2. FRACTAIS JURÍDICOS

Em quaisquer das cinco barras mencionadas no início, são verificados ou verificáveis fenômenos que mesmo parecendo serem aleatórios, irregulares, assimétricos, obedecem a certos padrões.

A ideia da simetria foi lançada por Aristóteles, para estabelecer que o belo é o que é harmonioso, como lados opostos de uma figura exatamente iguais, ou proporcionalmente equilibrados.

No direito brasileiro, a noção de simetria é vinculada à exigência da adoção nas Leis Orgânicas dos Municípios e do Distrito Federal, e nas Constituições Estaduais, dos princípios fundamentais da Constituição Federal, e também de normas relacionadas à estrutura e exercício governamentais ao molde das federais.

Servem também de exemplos desse princípio da simetria, as normas insculpidas na Constituição Federal em seu art. 58, § 3º (relativas a comissões parlamentares de inquérito) e no artigo 84, IV (pertinentes à competência normativa dos Chefes do Poder Executivo).

A finalidade dessa simetria é a harmonização na relação entre os entes federados dentro do sistema federal.

Dentre as normas ditas nacionais, porque editadas pela União no uso de sua competência exclusiva e de observância obrigatória em todo o território nacional, seria de se esperar que seus postulados observassem no mínimo conceitos operacionais simétricos, ou seja, que considerassem as variáveis ou os fenômenos de maneira harmoniosa, pois em quaisquer das cinco barras mencionadas no início, são verificados ou verificáveis fenômenos que mesmo parecendo serem aleatórios, irregulares, assimétricos, obedecem a certos padrões.

No que diz respeito às tutelas jurídicas das pessoas humanas, não é o que sucede: há, no Brasil em especial, uma miríade de normas que são nominadas Estatutos (do latim *statūtum*), voltadas a disciplinar os relacionamentos endógeno e exógeno da sociedade, que se prestam como marcos legais das mencionadas tutelas.

Isto decorre da tendência contemporânea, presente em especial no campo dos direitos fundamentais, de afirmação das diferenças pessoais por meio de estabelecimentos de regimes jurídicos próprios que correspondem à projeção, no plano simbólico, de expectativa de grupos diferenciados, como defende, por todos, Walter Claudius Rothenburg (2010, *passim*).

Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, vigoram os Estatutos: da Terra (Lei nº 4.504/1964); da Igualdade (Decreto Legislativo nº 82/1971 e Decreto nº 70.391/1972); do Índio (Lei nº 6.001/1973); dos Militares (Lei nº 6.880/1980); da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990); dos Refugiados (Lei nº 9.474/1997); da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/1994); de Igualdade de

Direitos e Deveres, de Igualdade de Direitos Políticos, e de Igualdade de Direitos e Deveres e de Direitos Políticos (Decreto Legislativo nº 16/2001 e Decreto nº 3.927/2001); da Cidade (Lei nº 10.257/2001); da Defesa do Torcedor (Lei nº 10.671/2003); do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003); do Idoso (Lei nº 10.741/2003); Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar nº 123/2006); dos Museus (Lei nº 11.904/2009); da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2017); da Juventude (Lei nº 12.852/2013); do Estrangeiro (Lei nº 13.445/2017); da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015); e da Metrôpole (Lei 13.089/2015).

Dos dezenove Estatutos elencados, cinco são voltados à específica tutela de pessoas: o do Índio; o da Criança e do Adolescente; o da Juventude; o do Idoso; e o da Pessoa com Deficiência, sendo de se sublinhar que tramita na Câmara dos Deputados o projeto de lei 4708/2017 que pretende instituir o Estatuto do Nascituro.

Sucede que a distinção que as normas jurídicas oferecem mais prejudica do que ajuda, mais discrimina do que afirma, mais consagra o preconceito do que a emancipação, ao comporem um mosaico cubista de especificidades etárias que, a rigor, conformam guetos legislativos.

Como ressaltado, o Mundo, a Natureza, e o Homem não são simétricos, logo, a aplicação do Direito necessariamente deve ser, por igual, assimétrica.

Em quaisquer das barras mencionadas, são verificados ou verificáveis fenômenos que, assimétricos, obedecem a certos padrões.

Isso exige do jurista, primeiro, adotar uma visão sistêmica e não cartesiana, compartimentada, do ordenamento jurídico. E, segundo, compreender que o sistema jurídico não é autopoiético, fechado em si como auto reprodutor de si próprio e infenso a influências externas.

Sabe ser sedutora a adoção da eficácia de um direito autopoiético, dotado de um desenvolvimento jurídico homogêneo capaz de considerar todas as conexões das normas jurídicas com as regras da sociedade e em todos os aspectos dessa sociedade: nesse Shangri-lá, não existiria um único desvio da *práxis* do Judiciário.

Todavia, em sociedades cada vez mais complexas, tornam-se cada vez mais improváveis as hipóteses que não exijam permeabilidade às necessidades externas ao Direito.

A Administração Pública Federal, de 1999 até 2017, realizou trinta consultas públicas não presenciais, para auscultar a sociedade sobre projetos de decretos da Presidência da República para regulamentação de leis.

No mesmo período, o Supremo Tribunal Federal realizou dezoito audiências públicas, teoricamente para suprir déficit de conhecimento técnico dos seus integrantes sobre questões ou circunstâncias do fato sob seu julgamento, através da pluralidade de especialistas ouvidos.

Na prática, tais audiências são palcos para manifestações políticas, não raro de ativistas, carentes de legitimidade social e de autoridade técnica.

Alguns Ministros daquele Tribunal já manifestaram publicamente a concepção de ser a audiência pública meio de o Supremo Tribunal Federal obter a confiança do povo, e assim, a audiência pública legitimaria democraticamente a decisão judicial – o que não encontra respaldo na História brasileira.

Até mesmo o conceito de soberania nacional dos Estados cede, hodiernamente, à porosidade provocada pelas Convenções Internacionais: neste sentido, basta lembrar que, embora a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXVII, ainda admita a prisão do depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 25 para isentar de prisão civil por dívida o depositário infiel.

Com isso, a Suprema Corte brasileira adaptou-se ao Pacto de San José da Costa; ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU; e à Declaração Americana dos Direitos da Pessoa Humana firmada em 1948, em Bogotá.

Como Shangri-lá é uma quimera, é fácil visualizar o sistema jurídico como alopoiético, máxime ao se lembrar que, há pouco tempo, apenas as relações afetivas heterossexuais legitimavam contratos de união estável.

Premido por grupos ativistas, o Supremo Tribunal Federal, com fundamento no artigo 3º, IV, do Texto Fundamental, dispositivo que veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor, reconheceu, em 2011, que a Constituição brasileira assegura o reconhecimento das uniões homoafetivas.

Da mesma forma, foi ouvindo a sociedade que o Supremo Tribunal Federal decidiu, em 2008, ser legal a utilização de células-tronco

embrionárias na pesquisa para curar doenças, e sob a mesma pressão social tem decidido, em diversos processos, que o Sistema Único de Saúde deve fornecer remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo sistema a pacientes de doenças graves.

Essas fraturas do ordenamento jurídico ficaram mais visíveis com a Emenda 45/2004, que introduziu a Reforma do Judiciário, criando dois institutos que se têm mostrado de extrema eficácia: a Súmula Vinculante e a Repercussão Geral.

No primeiro, as decisões sumuladas com caráter vinculante pelo Supremo Tribunal Federal são seguidas por todos os juízes e observadas pela Administração Pública.

Com o segundo, é possível aquele Tribunal Superior eleger os temas sobre os quais vai se pronunciar: o reconhecimento da repercussão de um paralisa a movimentação de todos os processos semelhantes no país até a decisão da Corte no processo paradigma, aplicando-se essa decisão automaticamente aos demais.

No direito processual do trabalho, tem-se como exemplo dessa abertura do sistema jurídico ao exterior social a Lei nº 13.467/17, que inseriu requisito a ser observado quando da interposição do Recurso de Revista: o da transcendência.

A admissibilidade de um recurso de revista exige que sejam superados os interesses dos demandantes, mercê da obrigatoriedade de se demonstrar a transcendência subjetivamente através de quatro vetores: econômico; político; social; e o jurídico.

Em todos esses exemplos, podem ser visualizadas as características básicas dos fractais:

- a) complexidade infinita impeditiva da possibilidade de representá-los completamente, porque a quantidade de detalhes é infinita, e sempre existirão reentrâncias e saliências cada vez menores: um “zoom” em um detalhe do fractal relações familiares revela novos detalhes – como o da alienação parental à alienação afetiva, e
- b) auto similaridade que implica em um fractal apresentar cópias aproximadas de si mesmo em seu interior: um único e pequeno pedaço- recurso extraordinário – reconhecido como de repercussão geral, é similar a todos outros pedaços-processos.

A aplicação do conceito de fractais ao Direito causa espécie para muitos juristas, como se fosse algo inusitado, novidadeiro, quando não inadequado.

Todavia, não é nem jogo de cena e tampouco novidade a compreensão da necessidade de se compreender que os conflitos inseridos em uma das cinco barras citadas no início são fracionados, assimétricos, e por isso as decisões judiciais sobre eles devem considerar todas suas nuances.

O Direito Romano já sabia disso, por isso que Ulpiano (533 d.C) recomendou aos juristas “*aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes*”, aludindo à necessidade de se combinar, a uma estratégia de decisão complexa, critérios mais culturais separantes, logo fracionários e critérios técnicos, logo discernentes (POTHIER, 1800, p. 15).

Por isso também que Vera-Cruz critica a ausência da radicalidade filosófica-jurídica contemporânea, ao definir o *Ius Commune Humanitatis* como conceito jurídico advindo do *Ius Romanum* (2003, p. 170-171) e ao expor a necessária busca de soluções jurídicas no saber fundado na experiência (2012, p. 331).

3. KHRÓNOS, KAIRÓS & AÍÔN

Carl Gustav Jung escreveu que, ao perguntar a si próprio que mito estava vivendo, descobriu que não sabia. Por isso considerou que conhecer o seu mito seria o maior dos seus objetivos, pois esse era o mito inconsciente pré-consciente que o moldava (1986, p. 15).

Os mitos moldam nossas atitudes, formatam nossas ações. E podem nos auxiliar na superação da polarização.

Os gregos antigos possuíam três nomes-conceitos para representar o tempo: KHRÓNOS, KAIRÓS e AÍÔN.

KHRÓNOS é o tempo cronológico, sequencial, físico, que pode ser medido com uma ampulheta ou um relógio: possui princípio e fim, passível de ser descrito no calendário, associado ao movimento linear das coisas terrenas.

Muitos confundem a figura mitológica de KHRÓNOS com a também mitológica figura do titã Cronos.

Além do nome similar, a história do titã Cronos devorar seus filhos (para que eles não se rebelassem contra ele, como ele próprio fizera com seu pai, Urano, a fim de assumir o poder sobre a Terra) também era interpretada como uma alegoria de um aspecto específico do tempo, a esfera de influência de KHRÓNOS, porque o titã representava as características destrutivas de tempo, que consumia todas as coisas, conceito que foi definitivamente ilustrado quando o rei titã consumiu os deuses do Olimpo – o passado consumindo o futuro, a geração mais velha suprimida pela geração seguinte.

Foi durante o Renascimento que a identificação do titã Cronos com a substância ou energia chamada KHRÓNOS deu origem ao mito do Pai Tempo, uma representação antropomórfica do tempo empunhando a foice da colheita inevitável.

KAIRÓS é o tempo indeterminado, metafísico, em que algo, especial ou não, acontece, balizado com um antes e um depois, um tempo contudístico, tempo da oportunidade. O seu significado literal é o momento adequado ou oportuno.

AÍÔN é o tempo sagrado e eterno, cíclico e imensurável, sem uma medida precisa. Um tempo da criatividade onde as horas não fluem cronologicamente. O significado literal de AÍÔN é eternidade, e é associado ao movimento circular dos astros. Para os teólogos de hoje, é o tempo de Deus.

A evocação desses três mitos, neste contexto, visa analisar qual tempo – KHRÓNOS, KAIRÓS e AÍÔN – aplica-se ao modo e local de vivência dos indivíduos.

3.1 KHRÓNOS

Nesta perspectiva, verifica-se que KHRÓNOS simboliza o tempo objetivo, quantitativo, indiferente às mutações, oportunidades, prazeres ou desgostos humanos, definido na dicção aristotélica como sequenciamento do movimento segundo o antes e o depois (BITTAR, 2003, *passim*). Simplesmente sucessivo.

Em Direito, KHRÓNOS é o tempo que não deixa esquecer que os prazos processuais são implacáveis e inclementes e que já não se tem um único código da vida, como o Código Civil, mas vários, rebatizados de Estatutos voltados à regência de etapas da vida.

E é KHRÓNOS, da mesma forma, que trás promessas que, em tese, seriam assecuratórias de direitos, às vezes sem prescrições correlatas, como são os Estatutos que se referem às crianças, aos adolescentes e aos idosos.

Como diz a canção, são as águas de março que fecham o verão. KHRÓNOS quantifica.

3.2 KAIRÓS

De outro modo, KAIRÓS significa a experiência qualitativa, tempo subjetivo, interior de cada indivíduo: assim, faz coexistirem em um só momento, o passado, o presente e o futuro: velhice indomável seria um bom adjetivo a ele.

KAIRÓS é medida, proporção, momento crítico, temporada, e é oportunidade.

Em Direito, KAIRÓS é o tempo da pesquisa e da reflexão forçada pelas encruzilhadas que se abrem para diferentes estratégias, é o tempo que pode dar luz a uma ideia nova apresentada através de uma intuição e de próprias escolhas e decisões do indivíduo, ou desperdiçada com as anotações do *professor Google* automatizadas em quatro teclas: CtrlV e CrtC.

KAIRÓS qualifica, por isso exige sabedoria, atenção, prontidão.

3.3 AÍÔN

Por outro lado, pode-se dizer que AÍÔN designa a intensidade da vida humana, um destino, uma duração, uma temporalidade não numerável nem sucessiva, mas intensiva e ampliada.

Nele, se alcança a dimensão do não-tempo, porque sempiterno, entre a imanência e a transcendência.

Heráclito, citado por Mauro Rocha Baptista (2010, *passim*), conecta AÍÔN ao poder e à infância, afirmando que esse perene tempo é como a infindável brincadeira da criança, na qual não há sucessão nem conectividade, mas sim, intensidade de duração do lúdico.

Por isso, a necessidade da regra nasce do ato lúdico, valendo para a eternidade daquele ato, o que não implica que a mesma atividade, desenvolvida em uma nova ocasião, seja submissa a essa regra eterna (BAPTISTA, 2010, p. 94-95).

Em AÍÔN a duração é fugaz e intensa, como o espetáculo da flor que se abre pela manhã e é levada pelo vento ao cair da tarde.

É o detalhe. E Deus e o Diabo moram no detalhe.

AÍÔN atemporiza também as normas jurídicas, daí o Estatuto da Criança e do Adolescente considerar como criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e como adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

De modo confuso, o legislador superpôs, através do Estatuto da Juventude, a figura do jovem ao considerar como tal a pessoa com idade entre quinze e vinte e nove anos e determinar sua aplicação excepcional aos adolescentes com idade entre quinze e dezoito anos quando não conflitar com as normas de proteção integral do adolescente.

O simbolismo da proteção integral resplandece na Lei nº 12.594/2012 ao assegurar ao adolescente internado, casado ou que viva comprovadamente em união estável, o direito à visita íntima, mesmo com a legislação penal brasileira tipificando como estupro de vulnerável a conjunção carnal com menor de catorze anos.

O Estatuto da Juventude ainda estabelece, também como direitos dos jovens, o direito à diversidade e à igualdade; ao desporto e ao lazer; à comunicação e à liberdade de expressão; à cultura; ao território e à mobilidade; à segurança pública e ao acesso à Justiça; à cidadania, à participação social e política e à representação juvenil; à profissionalização, ao trabalho e à renda; à saúde; à educação; e ainda o direito à sustentabilidade e ao meio ambiente.

O Estatuto do Idoso, por seu turno, coloca em vala comum e indistinta a tutela dos idosos, acidulando um “apartheid” etário supostamente humanitário e por igual confuso, tanto que considera como idosa a pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos de idade e, dentre os situados nessa faixa etária, assegura prioridade especial aos maiores de oitenta anos, atendendo-se suas necessidades sempre preferencialmente em relação aos demais idosos.

Já para a Organização Mundial de Saúde, o envelhecimento das pessoas compreende quatro estágios: o da meia-idade, dos 45 aos 59 anos; o do idoso, dos 60 aos 74 anos; o do ancião, dos 75 aos 90 anos; e o da velhice extrema dos 90 anos em diante.

CONCLUSÕES

Estas reflexões sobre o tratamento fracionário conferido pelo legislador brasileiro à guisa de tutela da pessoa humana conforme sua faixa etária, permite concluir que a pessoa situada na faixa dos trinta aos cinquenta e nove anos, o ser adulto, seja uma espécie de pária do Direito, à similitude da personagem à procura de um autor engendrada por Luigi Pirandello (1921), um Ser abandonado ou poupado pela fúria legislativa de conferência de direitos.

A exacerbação de normas jurídicas voltadas a atender segmentos específicos da sociedade só se presta a reforçar o simbolismo do Direito contemporâneo, criando, na dicção de Bruno Garschagen (2019, p. 10), como um mantra a expressão “eu tenho direito” alçada a um misto de princípio absoluto e de categoria de pensamento, desvinculando-se direitos de deveres e obrigações.

O primeiro a escrever sobre a dignidade do Homem, em 1486, Pico Della Mirandola considerava o Ser Humano com plenitude de direitos, mas inacabado na medida em que ele se modela definitivamente pelo uso que fizer de sua liberdade de escolha (2001, *passim*).

A liberdade de escolha é, todavia, restrita, pois o Ser Humano, que vive em sociedade, é tratado hodiernamente como um código de barras, como um fractal, ou seja, medido por padrões de comportamento impostos para as diversas etapas temporais.

Pode-se citar como exemplo, a manipulação de tecnologias como a do “big data”, utilizado para prever e provocar o comportamento social e com isso direcionar o consumo de bens e serviços.

Este mecanismo, também, é utilizado pelas mídias, como as “fake news” que, infelizmente, ajudam na produção do pensamento político e jurídico linear, o que leva à supressão da liberdade de expressão e de pensamento contrário ao comportamento das massas, que por sua vez são submetidas e controladas pela engenharia social.

Na contemporaneidade, em que as benesses jurídicas concedidas a este ou aquele grupo de indivíduos sempre implica no crescimento dos poderes do Estado, o Ser Humano perde sua liberdade de arbítrio, sendo confinado em laços jurídicos a cada etapa de sua vivência.

Compreender a inserção do Homem nas dobras do tempo, e apreender o fracionamento assimétrico dos conflitos de interesses inseridos em uma ou mais das barras citadas no início, pode conduzir ao resgate do Direito para que decisões judiciais considerem sempre suas características de complexidade infinita e da auto similaridade e tornem efetivos os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- BAPTISTA, Mauro Rocha. **O tempo e a criança: comentários ao fragmento 52 de Heráclito de Éfeso.** In Revista Mal-Estar e Sociedade. Ano III n. 4. Junho. Barbacena: UEMG, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt **Vidas desperdiçadas.** trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2005.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia aristotélica: leitura e interpretação do pensamento aristotélico.** Barueri: Manole, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. FOUCAULT, Michel. **Sujeito e Poder.** In: RABINOW, P.; DREYFUS, H. L. **Michel Foucault: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica.** trad. Vera Portocarrero e Gilda Gomes Carneiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.
- GARCSCHAGEN, Bruno. **Direitos máximos, deveres mínimos. O festival de privilégios que assola o Brasil.** 4ª ed. São Paulo: Record, 2019.
- JUNG, Carl Gustav. **Os arquétipos e o inconsciente coletivo.** trad. Maria Luíza Appy, Dora Mariana R. Ferreira da Silva In Obra completa. v. 9. 7 ed. Petrópolis: Vozes, 2011.
- JUNG, Carl Gustav. **Símbolos da transformação. Análise dos prelúdios de uma esquizofrenia.** trad. Eva Stern. Petrópolis: Vozes, 1986.

PICO DELLA MIRANDÒLA, Giovanni. **Discurso sobre a dignidade do homem**. trad. Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2001.

POTHIER, Robert Joseph. **Pandectæ Justinianæ, in novum ordinem digestæ**. Tomo Primus. Paris: Parisiis, 1800.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direito Constitucional**. São Paulo: Verbatim, 2010.

VERA-CRUZ PINTO, Eduardo. **História do Direito Comum da Humanidade: *Ius Commune Humanitatis ou Lex Mundi?*** vol. I, t. I. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2003.

VERA-CRUZ PINTO, Eduardo. **Curso de Direito Romano**. Pa-rede: Principia, 2012.

O INSTITUTO DA CURATELA E O PROCEDIMENTO DE INTERDIÇÃO COM O ADVENTO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Allane Lima de Moura

Introdução¹⁹

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15), trouxe muitos impactos no que tange ao regime civil brasileiro das incapacidades. Apresenta ainda alguns atropelamentos legislativos, mas, em suma, trouxe grandes benefícios a própria autonomia da pessoa com deficiência (PCD). A deficiência não mais afeta a plena capacidade civil da pessoa, a grande conquista do Estatuto foi a clareza que incapacidade civil e deficiência não são sinônimos.

O instituto da curatela ganhou uma nova roupagem jurídica, agora é medida extraordinária, uma vez que, via de regra, a pessoa com deficiência passou a ser reputada plenamente capaz. O procedimento de interdição no Código de Processo Civil de 2015 trouxe também algumas modificações. Uma grande novidade é a tomada de decisão apoiada, que é meio alternativo à curatela, visando a maior autonomia do sujeito a ser apoiado, pois, a medida reflete apenas num auxílio.

¹⁹ *O presente trabalho é uma adaptação, feita pela própria autora, de **uma parte** do seu trabalho de conclusão de curso para o formato de artigo, uma vez que não consta nas regras de submissão a exigência de trabalho inédito*

A metodologia foi abordada com o método dedutivo, de abordagem qualitativa, auxiliada da revisão bibliográfica como técnica primária de pesquisa, uma vez que foram subjetivamente analisadas e interpretadas as informações colhidas por meio de pesquisa bibliográfica referente a livros e artigos elaborados com teor científico. Foram utilizadas fontes primárias (leis infraconstitucionais, principalmente o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil de 1916, Código Civil de 2002, Código de Processo Civil de 2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência de 2015 e Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo de 2009) e secundárias (livros e artigos científicos), com abordagem sob os métodos dedutivo e qualitativo, com o objetivo de analisar as repercussões da vigência Estatuto da Pessoa com Deficiência.

1. Da curatela

A curatela é o instituto que visa proteger os interesses dos maiores incapazes, desse modo, só incide sobre os maiores relativamente incapazes, porque não se confunde com a tutela, uma vez que esta última trata da proteção dos interesses dos menores absolutamente incapazes (menores de 16 anos) e dos relativamente incapazes (menores entre 16 e 18 anos).

Antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código Civil dispunha em seu art. 1.767 o rol taxativo dos sujeitos à curatela, conforme redação:

Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;

II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;

III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;

IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;

Sobre a luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência, os incisos II e IV foram revogados, já os incisos I e o III foram alterados, o rol taxativo do art. 1.767 passou a ser:

Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

II - (Revogado);

III - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

IV - (Revogado);

V - os pródigos.

Consequência esta, da própria alteração nos artigos do Código Civil concernentes ao rol taxativo das incapacidades.

O Estatuto dispõe em seu art. 84, § 3º que:

A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

Pode-se dizer então, que agora o magistrado deverá demonstrar efetivamente as razões limitadoras do deficiente, a fim de restringi-lo a certos atos, levando-se em consideração cada caso concreto.

Outro ponto é que agora a curatela atinge apenas os atos patrimoniais, reforçando-se o conceito de que a curatela é medida excepcional e visa não restringir indevidamente a pessoa com deficiência, conforme destacado por Maurício Requião (2016, p. 166):

Ademais, tornou-se lei também a determinação de que a curatela afeta apenas os aspectos patrimoniais, mantendo o portador de transtorno mental o controle sobre aspectos existenciais da vida, a exemplo do “direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto, expressamente apontados no art. 85, § 1º, do Estatuto.

Com relação a quem pode ser responsável pela curatela, o art. 1.775 do Código Civil elenca:

Art. 1.775. O cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, curador do outro, quando interdito.

§1º Na falta do cônjuge ou companheiro, é curador legítimo o pai ou a mãe; na falta destes, o descendente que se demonstrar mais apto.

§ 2º Entre os descendentes, os mais próximos precedem aos mais remotos.

§ 3º Na falta das pessoas mencionadas neste artigo, compete ao juiz a escolha do curador.

Mas ainda há que se falar na possibilidade de levar em conta a preferência do incapaz, sobre isso aponta Maurício Requião (2016, p. 167):

Não há razão para que tal não ocorra, já que elementos como laços afetivos entre curador e curatelado, que em nada se relacionam à vontade no sentido de móvel para formação de atos jurídicos e, portanto, não são afetados pela incapacidade, devem ser considerados para a fixação da curatela.

Sobre a indicação no caso da incapacidade superveniente explica ainda Maurício Requião (2016, pp. 167-168):

De outro, nos casos de incapacidade superveniente, sustenta-se que a indicação do curador possa ser dada pelo próprio interditando, através de instrumento similar ao testamento vital (diretivas antecipadas de vontade), elaborado quando ainda contava com a plenitude da sua capacidade.

No que tange ao art. 1.768 do Código Civil houve uma grande colisão, o *caput* deixou de constar “a interdição deve ser promovida” para constar “o processo que define os termos da curatela deve ser pro-

movido”. Ocorre que o art. 1.072, inciso II, do CPC/2015 revogou esse dispositivo. Sobre isso aduz Flávio Tartuce (2018, online):

Pensamos que será necessária uma nova norma, no caso o PL 757/15, fazendo com que o dispositivo do EPD volte a vigorar, afastando esse primeiro atropelamento legislativo. Até que isso ocorra, uma alternativa viável para fazer prevalecer o espírito do Estatuto é a utilização das suas regras com alento doutrinário na Convenção de Nova York, tratado internacional de direitos humanos que tem força de Emenda à Constituição.

São evidentes os choques entre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Novo Código de Processo Civil. Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017, online): “Há a necessidade de se interpretar adequadamente ambos os diplomas, para se tentar amenizar os efeitos de um verdadeiro choque normativo.”

Outra inovação é constatada no art. 1775 do Código Civil, que elenca a linha de legitimidade a função de curador. Foi inserido nele o art. 1775-A, por força do Estatuto da Pessoa com Deficiência, com a seguinte redação:

Art. 1775-A. Na nomeação de curador para a pessoa com deficiência, o juiz poderá estabelecer curatela compartilhada a mais de uma pessoa.

Essa curatela compartilhada reforça a convivência do curaletando com ambos os pais, mas não necessariamente ela precisaria ser partilhada somente entre genitores esse instituto se assemelha ao da guarda compartilhada, que segundo Nelson Rosendal (2015, online):

Assim, o requerimento de curatela compartilhada pelos pais não significa apenas mais uma opção que adere ao rol perfilhado no art. 1.775, do Código Civil, senão o desfecho prioritário na eleição da pessoa do curador, justamente por se tratar da solução virtuosa que melhor dignifica a pessoa do interdito, sendo o processo um instrumento de efetivação das aspirações do direito material. A guarda compartilhada poderá alcançar

outros sujeitos conforme aponte a concretude do caso. Ilustrativamente, a responsabilização conjunta de um genitor e um irmão, ou mesmo um filho da pessoa interdita; os dois avôs do curatelado; um padrasto e um tio... Enfim, no contexto ampliado das famílias a noção de afetividade assume um caráter objetivo, para se aproximar de um ethos de solidariedade entre pessoas que partilham a sua existência.

Essa inovação reflete nada menos que na oficialização da curatela disposta a mais de um curador, que em verdade, por diversas vezes, mais de uma pessoa se dispõe ao cuidado em favor do curatelando.

O art. 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência restringiu a curatela aos atos de natureza patrimonial e negocial, o que condiciona a figura do assistente ou representante, a depender da proporção da curatela.

O art. 1.776 do Código Civil foi revogado pelo Estatuto, mas aduzia que:

Havendo meio de recuperar o interdito, o curador promover-lhe-á o tratamento em estabelecimento apropriado.

Todavia, o Código de Processo Civil, em seu art. 758, trouxe a seguinte redação:

O curador deverá buscar tratamento e apoio apropriado à conquista da autonomia pelo interdito.

Assim sendo, o curador deverá buscar esse tratamento, como melhor hipótese, na própria residência do curatelado, junto à família.

Caso haja a recuperação do curatelado, haverá agora o levantamento da curatela, não mais da interdição, hipótese em que se tem a interrupção do motivo pelo qual gerou a curatela.

A grande questão é a das pessoas que já estavam interditas antes da vigência do Estatuto, haja vista que a curatela passou a ser uma medida excepcional, e que a capacidade é a regra. De grande divergência são os posicionamentos, João Fernando Simão (2015, online) entende que:

Todas as pessoas que foram interditadas em razão de enfermidade ou deficiência mental passam, com a entrada em vigor do Estatuto, a serem consideradas plenamente capazes. Trata-se de lei de estado. Ser capaz ou incapaz é parte do estado da pessoa natural. A lei de estado tem eficácia imediata e o levantamento da interdição é desnecessário.

Por outro lado, Pablo Stolze (2016, online) explica que:

Não sendo o caso de se intentar o levantamento da interdição ou se ingressar com novo pedido de tomada de decisão apoiada, os termos de curatela já lavrados e expedidos continuam válidos, embora a sua eficácia esteja limitada aos termos do Estatuto, ou seja, deverão ser interpretados em nova perspectiva, para justificar a legitimidade e autorizar o curador apenas quanto à prática de atos patrimoniais. Seria temerário, com sério risco à segurança jurídica e social, considerar, a partir do Estatuto, “automaticamente” inválidos e ineficazes os milhares - ou milhões - de termos de curatela existentes no Brasil.

Entende-se que diante da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, mesmo o procedimento de curatela tendo sido concluído, o curatelado fora considerado capaz. O que se demonstra bastante complicado no sentido de que essa curatela simplesmente desapareceria.

Pablo Stolze (2016, online) ainda explica que:

Assim, sem prejuízo de o interessado requerer o levantamento, nos termos das normas processuais, os termos de curatela já existentes devem ser interpretados na perspectiva do Estatuto, considerando-se o âmbito limitado de atuação do curador, quando à prática de atos de natureza patrimonial.

Ademais, é reforçado o pensamento de que seria um grande atropelamento se a curatela espontaneamente desaparecesse, visto que ainda existe o procedimento, mesmo este sendo de caráter excepcional. O que deve existir é esse aproveitamento, tendo como prerrogativa o limite da medida de curatela.

2. Do procedimento de interdição

Maurício Requião (2016, p. 170) menciona que: “A interdição é comumente apontada como o processo pelo qual se estabelece a curatela do incapaz.” O Código de Processo Civil manteve a nomenclatura “interdição” para o procedimento, que é uma expressão que por muitas vezes remete a ideia da limitação do incapaz, quando o que se busca atualmente com esse procedimento é a autonomia, porque o interditando não é mais obrigatoriamente uma pessoa incapaz.

Com a vigência do Estatuto, como já mencionado, a interdição passou a ter caráter extraordinário, pois a capacidade da pessoa com deficiência agora é a regra. Os limites da interdição devem ser analisados de acordo com as especificidades de cada caso concreto, além desta curatela atingir apenas os atos patrimoniais.

3. Da propositura da ação

Como também mencionado anteriormente, o art. 1.775 do Código Civil elenca os possíveis requerentes da ação de interdição. Com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, foi inserida ao art. 1.768 a possibilidade do próprio interditando requerer a ação, todavia, o artigo fora revogado pelo Código de Processo Civil, art. 1.072, II.

Quanto a legitimidade do Ministério Público em promover a ação, ela se faz de maneira subsidiária, só podendo o Órgão entrar com a ação nos casos do portador de transtorno mental e de ausência ou de legitimidade das pessoas aptas a requererem.

Um novo requisito na petição é a juntada do laudo médico, caso não o tenha, a apresentação da impossibilidade de juntá-lo. O momento o qual se iniciou a incapacidade deve ser constado na petição inicial, além é claro, dos motivos que demonstrem a impossibilidade do interditando realizar seus atos patrimoniais, não mais a demonstração da mera incapacidade da pessoa.

Preconiza o art. 749, parágrafo único, do Código de Processo Civil:

Art. 749. Incumbe ao autor, na petição inicial, especificar os fatos que demonstram a incapacidade do interditando para ad-

ministrar seus bens e, se for o caso, para praticar atos da vida civil, bem como o momento em que a incapacidade se revelou.

Parágrafo único. Justificada a urgência, o juiz pode nomear curador provisório ao interditando para a prática de determinados atos.

Há de que se observar com a redação do parágrafo único que o magistrado deve ser o máximo coerente e cauteloso possível ao se utilizar da curatela provisória, visando sempre o interesse do interditando.

4. Da entrevista

O Código de Processo Civil anterior previa a expressão “interrogatório”, que foi substituída no Novo Código por “entrevista”. Nela não se tem o caráter investigativo, o Juízo deve questionar o interditando sobre as mais variadas questões, de modo com que possa entender o tamanho da carência deste. O art. 751 do Código de Processo Civil refere-se à entrevista:

Art. 751. O interditando será citado para, em dia designado, comparecer perante o juiz, que o entrevistará minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessários para convencimento quanto à sua capacidade para praticar atos da vida civil, devendo ser reduzidas a termo as perguntas e respostas.

§ 1º Não podendo o interditando deslocar-se, o juiz o ouvirá no local onde estiver.

§ 2º A entrevista poderá ser acompanhada por especialista.

§ 3º Durante a entrevista, é assegurado o emprego de recursos tecnológicos capazes de permitir ou de auxiliar o interditando a expressar suas vontades e preferências e a responder às perguntas formuladas.

§ 4º A critério do juiz, poderá ser requisitada a oitiva de parentes e de pessoas próximas.

O Novo Código de Processo Civil inovou quanto a oitiva de “vontades, preferências e laços familiares e afetivos”, o que demonstrou uma maior preocupação do legislador no bojo das questões existenciais da pessoa com deficiência.

Outro ponto a ser louvado é o § 3º deste artigo, pois não há que se falar em incapacidade quando tão somente o interditando não consiga se comunicar com o magistrado.

Por outro lado, o § 1º apenas possibilita a ida do magistrado até o interditando se este não puder se deslocar, disso surge a reflexão de ser a residência desse interditado um local mais propício para a realização da entrevista, uma vez que o ambiente forense pode causar-lhe algum amedrontamento e com base nisso, o juiz, ouvindo em sua casa, conseguiria avaliar melhor a situação.

Ademais, os § 2º e § 4º também são inovações, o que mostram mais uma vez a preocupação na avaliação de uma incapacidade, para que ela não repercuta em aspectos além dos necessários.

5. Da resposta do interditando

De acordo com o art. 752 do Código de Processo Civil:

Art. 752. Dentro do prazo de 15 (quinze) dias contado da entrevista, o interditando poderá impugnar o pedido.

§ 1º O Ministério Público intervirá como fiscal da ordem jurídica.

§ 2º O interditando poderá constituir advogado, e, caso não o faça, deverá ser nomeado curador especial.

§ 3º Caso o interditando não constitua advogado, o seu cônjuge, companheiro ou qualquer parente sucessível poderá intervir como assistente.

Portanto, o interditando poderá impugnar o pedido de interdição no prazo de 15 dias, contados da entrevista. No Código de Processo Civil anterior o prazo era de apenas 5 dias, demonstrando assim uma evolução ao dar mais tempo ao interditando para impugnar. É evidente ressaltar que na hipótese do § 3º essa pessoa não poderá ser a que propôs a ação.

6. Do laudo pericial

Passado o prazo de apresentação da impugnação, o próximo passo é o laudo pericial, conforme preconiza o art. 753 do Código de Processo Civil:

Art. 753. Decorrido o prazo previsto no art. 752, o juiz determinará a produção de prova pericial para avaliação da capacidade do interditando para praticar atos da vida civil.

§ 1º A perícia pode ser realizada por equipe composta por expertos com formação multidisciplinar.

§ 2º O laudo pericial indicará especificadamente, se for o caso, os atos para os quais haverá necessidade de curatela.

Aqui se fazem presentes mais elementos de melhoria com relação ao Código de Processo Civil anterior, constatada a necessidade de avaliação de várias ciências, uma vez que, por exemplo, o magistrado não é a autoridade mais competente para supor o estado mental de alguém. Além do mais, com esse melhor aproveitamento possível, o laudo apontará os atos que o interditando não poderá exercer.

7. Da sentença e estabelecimento da curatela

Sob a luz do art. 754 do Código de Processo Civil:

Apresentado o laudo, produzidas as demais provas e ouvidos os interessados, o juiz proferirá sentença.

De bastante sensibilidade com as questões existências do indivíduo, nesse caso, do interditado, conforme art. 755 do mesmo Código:

Art. 755. Na sentença que decretar a interdição, o juiz:

I - nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento.

II - considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências.

Constatada então a preocupação quanto ao limite da fixação da curatela, que deve ser analisada de acordo com cada caso concreto, levando em conta suas especificidades. Maurício Requião (2016, p. 180) defende que: “O papel do curador, portanto, é não apenas o de suprir as necessidades do interdito, mas também o de promover a sua autonomia para que venha no futuro a não mais precisar de curatela, total ou parcialmente.”

8. Do levantamento da curatela e reavaliação

Preconiza o Código de Processo Civil, em seu art. 756, que:

Art. 756. Levantar-se-á a curatela quando cessar a causa que a determinou.

§ 1º O pedido de levantamento da curatela poderá ser feito pelo interdito, pelo curador ou pelo Ministério Público e será apensado aos autos da interdição.

§ 2º O juiz nomeará perito ou equipe multidisciplinar para proceder ao exame do interdito e designará audiência de instrução e julgamento após a apresentação do laudo.

§ 3º Acolhido o pedido, o juiz decretará o levantamento da interdição e determinará a publicação da sentença, após o trânsito em julgado, na forma do [art. 755, § 3º](#), ou, não sendo possível, na imprensa local e no órgão oficial, por 3 (três) vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, seguindo-se a averbação no registro de pessoas naturais.

§ 4º A interdição poderá ser levantada parcialmente quando demonstrada a capacidade do interdito para praticar alguns atos da vida civil.

A grade novidade do Código de Processo Civil é no § 4, que possibilita levantamento parcial da curatela. Maurício Requião (2016,

p. 182) narra que “Ou seja, o levantamento da interdição não precisa ser feito em termos de tudo ou nada, sendo possível que venha ele a restaurar formalmente ao interdito, parte da autonomia que tenha faticamente reconquistado.”

Esse levantamento parcial da curatela afeta apenas determinados atos, o que demanda uma análise de que o interdito se encontra nesse momento com mais aptidão para realizar os atos da sua vida civil.

9. Da tomada de decisão apoiada

O art. 116 do Estatuto da Pessoa com Deficiência instituiu um modelo paralelo ao do instituto da curatela, onde criou a tomada de decisão apoiada, que inseriu o art. 1.783-A ao Código Civil:

Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

Quanto ao termo de apresentação da tomada de decisão apoiada, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017, online) entendem que: “Este termo é um documento indispensável ao processamento do pedido.”

Uma dúvida existente é se o prazo de vigência constante no termo poderia ser indeterminado, sobre isso, Maurício Requião (2016, pp. 184-185) explica:

Por um lado, a determinação de prazo favorece a fiscalização da medida, evitando que possa perdurar situação em que tenha ela sido desvirtuada de sua finalidade, vez que, com termo certo para o seu fim, se deverá retornar novamente ao Judiciário, para constituir novamente a tomada de decisão apoiada. Por outro lado, a possibilidade de ser o prazo indeterminado torna o uso do instituto mais facilitado, já que o sujeito poderá nomear seus

apoiadores e com eles poderá permanecer pelo tempo que julgar necessário.

Outra indagação é se a tomada de decisão apoiada implica na capacidade afetada do tomador. Requião (2016, p. 185) ainda acredita que: “No caso brasileiro a tomada de decisão apoiada parece não implicar em perda da capacidade do sujeito que a requer, mas sim em reforço à validade de negócios por ele realizados.”

Por outro lado, segundo Cristiano Chaves de Farias, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2016, p. 343): “Na Tomada de Decisão Apoiada o beneficiário (pessoa plenamente capaz, lembre-se), no gozo de seus direitos civis, procura ser coadjuvado em seus atos pelos apoiadores. Não significa qualquer tipo de restrição de plena capacidade.”

Ademais, é significativo esclarecer o respeito ao direito de escolha da pessoa com deficiência. Aqui não se fará presente a figura do curador, mas é evidente que o deficiente deverá gozar de discernimento mental necessário para que possa escolher livremente seus apoiadores.

Conforme a leitura do art. 1.783-A, a legitimidade para propor a tomada de decisão apoiada cabe somente a pessoa que será apoiada, seus apoiadores serão pessoas que ela mesmo escolherá. O magistrado deverá ouvir, além do tomador e seus apoiadores, o Ministério Público e uma equipe multidisciplinar.

Não existe qualquer lacuna para a decisão tomada por pessoa apoiada ser invalidada, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado. Podendo, inclusive, que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função.

Se houver discordância do tomador com algum de seus apoiadores, unicamente em situações que podem ocasionar risco ou prejuízo relevante, será ouvido o Ministério Público e o juiz decidirá. Nada disse o legislador sobre os casos de menor relevância, uma vez não ocorrida a situação de eventual risco ou prejuízo relevante, entende-se, portanto, que preponderara a decisão do tomador. Contudo, Maurício Requião (2016, p. 186) aponta: “Entretanto, acredita-se que em caso de divergências entre o apoiado e o apoiador, seja útil a este buscar registrar a sua opinião contrária ao negócio realizado,

para que no futuro não possa de alguma maneira vir a ser acusado de negligência na sua atuação.”

Na situação de destituição do apoiador, a pessoa apoiada ou qualquer terceiro poderá promover a denúncia ao Ministério Público, que irá apurar se o apoiador agiu com negligência, exerceu pressão indevida ou não adimpliu as obrigações assumidas. Apurada a destituição, o apoiado será ouvido para manifestar seu interesse em nomear um novo apoiador.

Caso não seja nomeado outro apoiador, como a lei faz menção a no mínimo 2 deles, e, só houver a existência nesse momento de um, a tomada de decisão apoiada será extinta. A extinção também poderá ser requerida a qualquer momento pelo apoiado, tratando-se de direito potestativo dele.

Outra situação é a de que um apoiador não tenha mais interesse no apoio da tomada de decisão apoiada, nesse caso, deverá ser requerido ao juiz sua exclusão. Aqui, novamente se faz necessário a oitiva do apoiado para manifestar o interesse na indicação de novo apoiador.

Logo, a tomada de decisão apoiada é uma esfera consagrada pela confiança. É vislumbrado ao apoiado a garantia de sua autonomia, uma vez que o apoiador não é representante ou assistente, a medida é apenas um auxílio.

10. Da plena capacidade civil

O art. 6º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência tem a seguinte redação:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Portanto, o Estatuto equiparou em pé de igualdade os direitos existenciais, uma vez que a capacidade civil não se faz afetada pela deficiência.

É necessário destacar que o Estatuto revogou o inciso I do art. 1.548 do Código Civil, que previa a nulidade do casamento pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil. Em contrapartida, ao art. 1.550 do Código Civil, que trata sobre anulabilidade do casamento, foi inserido o § 2º, por força do Estatuto:

[...]

§ 2º. A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbria poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador. Então, se o deficiente não conseguir expressar sua vontade, não poderá haver o casamento.

Com relação ao inciso VI, o texto foi fundamentado no art. 23, item 2, da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, que aduz:

2. Os Estados Partes assegurarão os direitos e responsabilidades das pessoas com deficiência, relativos à guarda, custódia, curatela e adoção de crianças ou instituições semelhantes, caso esses conceitos constem na legislação nacional. Em todos os casos, prevalecerá o superior interesse da criança. Os Estados Partes prestarão a devida assistência às pessoas com deficiência para que essas pessoas possam exercer suas responsabilidades na criação dos filhos.

De fato, uma grande conquista do Estatuto, pois, a deficiência por muitas vezes não gera um impedimento mental, fazendo com que o deficiente tenha nesse caso sua capacidade mental intacta. O dispositivo fez com que uma pessoa com deficiência tenha paridade de iguais condições a qualquer outra pessoa sobre o instituto da tutela, guarda, curatela e adoção. Portanto, se forem avaliadas ao deficiente boas condições, como psicológicas, afetivas e sociais, deverá ser-lhe concedido qualquer um desses institutos.

11. Considerações finais

A entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe grandes impactos. O regime civil brasileiro das incapacidades foi satisfatoriamente alterado. Na medida em que a pessoa com deficiência, em regra, não é mais considerada incapaz, todo o prisma de direitos existenciais também recai sobre ela em condições de paridade, o que foi uma ampla conquista do Estatuto, de forma com que a pessoa com deficiência possa casar-se, exercer seus direitos sexuais, exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, entre outros. O Estatuto, visou assegurar todos esses direitos fundamentais a pessoa com deficiência, de forma a proteger sua autonomia e inclusão social.

A curatela, por ser agora medida menos invasiva à autonomia do interditando, passou a ter caráter excepcional, reforçando o objetivo de restringir o mínimo possível, de modo a individualizar cada caso. Só a partir do resultado da perícia que será sentenciado o devido limite da interdição, onde especificará os atos que o interditando não poderá exercer. Na medida em que a curatela atinge exclusivamente os atos patrimoniais, confirmam-se mais uma vez o cuidado com a preservação dos direitos existenciais da pessoa com deficiência.

A criação do procedimento da tomada de decisão apoiada, que é de jurisdição voluntária, veio para facilitar a vida da pessoa com deficiência, uma vez que tendo ela condições de exprimir sua vontade, contará apenas com o apoio de pessoas que ela própria escolherá, sendo um instituto bem menos limitante que o da curatela.

Finalmente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência veio em boa hora para garantir os direitos das pessoas com deficiência, cumprindo ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, uma vez que o Estado tem obrigação de promover a inclusão social e o Estatuto veio a garantir.

12. Referências

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17/03/20.

BRASIL. Lei nº 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: 18/03/20.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 30/03/20.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Manual de direito civil: volume único. Disponível em: <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1277-Manual-de-Direito-Civil-Volume-nico-2017-Pablo-Stolze-Gagliano-e-Rodolfo-Pamplona-Filho.pdf>>. Acesso em: 18/03/20.

REQUIÃO, Maurício. Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição. Salvador: JusPODIVM, 2016.

ROSENVALD, Nelson. Curatela compartilhada para pessoas com deficiência é aprovada pela Câmara. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5698/Curatela+compartilhada+para+pe-soas+com+defici%C3%Aancia+%C3%A9+aprovada+pela+C%C3%A2mara>>. Acesso em: 19/03/20.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (Parte I). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 18/03/20.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. Disponível em: < <https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/2019-Manual-de-Direito-Civil-2018-Flvio-Tartuce.pdf>>. Acesso em: 17/03/20.

O INQUÉRITO JUDICIAL 4.781/DF: A ILEGALIDADE DA ATRIBUIÇÃO INVESTIGATIVA UNIVERSAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Kaíque Henrique Cavalcante de Souza
Thirso Del Corso Neto

INTRODUÇÃO

Em março de 2019 o Supremo Tribunal Federal (STF) voltou a utilizar um instrumento não muito conhecido no direito pátrio: o inquérito judicial. Baseando-se em alegadas ofensas à honorabilidade da Corte e à segurança de seus membros devido à proliferação de *fake news*, o Presidente do STF, Ministro Dias Toffoli, instaurou o Inquérito Judicial 4.781/DF, para apurá-los. Ocorre que no decorrer da investigação foram expedidos atos constritivos de direitos, consubstanciados em retirada de reportagens do ar, suspensão dos cargos de agentes públicos e expedição de mandados de busca e apreensão, discutíveis quanto à legitimidade da Suprema Corte de efetua-los.

Motivado por estes fatos, o presente trabalho estuda a atribuição penal investigativa do STF, a partir da análise da Constituição Federal de 1988 (CF/88) e do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), conjugados com pensamentos doutrinários e jurisprudência pátria.

Para fazer isto, a pesquisa foi dividida em quatro tópicos, no qual o primeiro falará da competência jurisdicional penal do STF, presente

na CF/88. Em seguida, se tratará sobre o inquérito judicial no âmbito da Suprema Corte, explicando a razão de sua existência. Adiante, é abordado o próprio Inquérito Judicial 4.781/DF, relatando-se o que ocorreu desde a sua instauração. Por fim, analisa-se os atos emanados no procedimento, correlacionando-os com a razão de ser do inquérito judicial, usando de comparativos com as entidades do Congresso Nacional e interpretando o próprio RISTF.

Objetiva-se com este trabalho evidenciar a ilegalidade dos atos realizados no Inquérito Judicial 4.781/DF, potencialmente criadores de uma atribuição investigativa universal, de forma a não observar os preceitos legais e a razão de ser de tal instituto legal.

1. A COMPETÊNCIA PENAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Na conjectura atual do ordenamento jurídico brasileiro, o Estado é a única entidade que detém o poder de punir os infratores da lei penal, a fim de que estes sofram as consequências dos atos que praticaram e para que o restante da sociedade venha a se abster de praticar as mesmas condutas. Como forma de exercer essa pretensão punitiva, o ordenamento jurídico brasileiro dividiu a persecução penal em duas fases, sendo a primeira delas de natureza administrativa (investigação preliminar), e a seguinte de natureza judicial (processo criminal), perante um magistrado (LIMA, 2018).

Como forma de dividir racionalmente este trabalho de persecução penal, a atribuição de conduzir investigações preliminares e a competência de processar criminalmente alguém é dividida entre as diversas autoridades constituídas no país. A atribuição de investigar o crime é determinada pela natureza da infração penal e pelo local da consumação do delito. A competência penal, por sua vez, delimita o poder de punir conforme critérios de especialização da justiça, distribuição territorial e divisão de serviço, alcançando também a mais alta Corte do país (LIMA, 2018).

Com efeito, o artigo 102 da Constituição Federal de 1988 atribuiu ao STF não só a guarda de seu texto, aprimorando o sistema de controle de constitucionalidade e seguindo o exemplo de diversos países da

Europa à época, como a Espanha, em 1978 e Portugal, em 1982, mas também previu a possibilidade de a Corte julgar matérias de ordem penal, seja originariamente ou mediante recurso, o que se convencionou chamar de contencioso penal (VELLOSO, 1993).

A competência originária penal está presente no art. 102, I, “a”, “c”, “d”, “i”, “j” e “g” da Constituição Federal, cabendo ao STF julgar, nos crimes comuns, o Presidente da República, seu Vice, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros, o Procurador-Geral da República, os Ministros de Estado, os Comandantes das Forças Armadas, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União, os chefes de missão diplomática de caráter permanente, além do *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas acima referidas e/ou quando o coator for Tribunal Superior. Também faz parte da competência originária do STF o julgamento da revisão criminal e a extradição.

Grande parte das hipóteses de competência originária penal do STF leva em conta o cargo ocupado pelo acusado ao tempo do cometimento do crime. Segundo Renato Brasileiro de Lima (2018), ao fazer isso, o constituinte quis proteger aqueles agentes públicos que, em razão do cargo que ocupam, poderiam sofrer retaliações e pressões externas, bem como exercer pressão no juiz de primeira instância, de forma a modificar a decisão final. Pensando nisso, o processamento do delito já se inicia no tribunal. É a chamada competência por prerrogativa de função (*ratione functionae*), que visa, sobretudo, a isonomia, imparcialidade e justiça do julgamento, conforme leciona o citado autor:

Essa excepcionalidade do foro por prerrogativa de função em face de preceitos sensíveis da Constituição Federal, como o da isonomia e o do juiz natural, possui uma razão de ser própria, específica, justificável, que transmuda a sua conotação de privilégio, no sentido pejorativo da palavra, para prerrogativa essencial ao bom exercício da função. Por tal motivo, em uma Constituição Federal que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, as hipóteses de prerrogativa de foro, pelo privilégio que de certa forma conferem, devem ser interpretadas restritivamente. (2018, p. 494)

Em decorrência dessa ideia de prerrogativa de função, entende-se que independentemente do lugar do país no qual o delito foi praticado, o agente será julgado pelo Tribunal ao qual se encontrar vinculado, excluindo a regra geral do art. 70 do Código de Processo Penal, que determina a competência em razão do local de consumação do crime (LIMA, 2018).

Já a competência recursal penal defere ao STF a missão de julgar, em recurso ordinário, o *habeas corpus* decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão e o crime político, vide art. 102, II, “a” e “b” da CF.

Estas, portanto, são as principais competências penais da Suprema Corte. Não obstante, existe previsão em lei de atuação anômala do referido Tribunal, na qualidade de investigador, como se vê a seguir.

2. O INQUÉRITO JUDICIAL NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Além das competências originárias penais atribuídas à alta Corte pela Constituição Federal, o art. 43 do RISTF previu a possibilidade de se instaurar inquérito para apurar infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal:

Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.

§ 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.

§ 2º O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do Tribunal.

Tal previsão é anterior à promulgação da Constituição de 1988 e, segundo o próprio STF, foi recepcionada com status de Lei Ordinária (RTJ 147/1.010 e RTJ 151/278). Criado em 1980, o RISTF influenciou diversos tribunais pátrios a prever a instauração de inquérito judi-

cial em casos assemelhados, a exemplo do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e até mesmo do Tribunal Superior do Trabalho, que não possui jurisdição penal (SILVA, 2007).

O Inquérito Judicial advém da ideia de equilíbrio entre os Poderes do Estado. É que, em observância à ideia de freios e contrapesos (*checks and balances*), não se pode deixar somente na mão do Poder Executivo a atividade investigativa, sob pena de os demais Poderes perderem autonomia e independência. Por isto mesmo, em situações específicas, é permitida a investigação preliminar pelo Legislativo, como nos casos dos inquéritos legislativos (art. 269 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados) e pelo Judiciário (inquéritos judiciais). Neste sentido discorre López:

Na realidade, a possibilidade de cada Poder ter atribuição de realizar atos investigatórios, inclusive no âmbito criminal, decorre da estrutura de independência e harmonia prevista no sistema de divisão das funções de poder. Não fosse assim, ficariam subordinados, nesse ponto, à atividade investigativa do Executivo, que seria o único legitimado à realização de atos investigativos. Esse, sem dúvida, não parece ser o norte indicado pela Constituição da República. (2010, p. 16)

Neste ponto, cabe salientar que as investigações não realizadas pela polícia judiciária são a exceção. Como leciona Eduardo Pereira da Silva (2007), cabe principalmente à polícia federal e polícia civil a apuração de crimes, contando com um Delegado como presidente do inquérito. Tal medida é necessária para que não haja ofensa ao sistema acusatório, mesmo que na fase pré-processual, pois a investigação deve ser feita por órgão diverso daquele que julga, assegurando-se a imparcialidade do juiz e justiça na decisão.

Em verdade, o protagonismo do magistrado na atividade investigativa caracteriza temperamento ao princípio acusatório, adotado expressamente no Brasil, conforme art. 129, I, da CF/88, que erigiu o Ministério Público como titular privativo da ação penal pública. Em regra, portanto, a polícia judiciária investiga, o Ministério Público acusa e o magistrado julga, com clara separação de funções, somen-

te excepcionadas por circunstâncias específicas postas pelo legislador, como as citadas acima.

Esmiuçando o art. 43 do RISTF, percebe-se que o inquérito judicial poderá ser iniciado desde que exista notícia de delito praticado na sede ou dependências do Tribunal. O Presidente da Corte ou outro Ministro por ele ordenado poderá instaurar o procedimento sendo o autor do delito detentor de prerrogativa de função ou não, conforme § 1º do dispositivo. Existe, neste ponto, uma espécie de poder de polícia deferido à Suprema Corte para investigar delitos nas suas dependências físicas, em exceção ao princípio acusatório e como forma de garantir o respeito à separação dos Poderes.

Esse instrumento de persecução, todavia, não é imune a controvérsias jurídicas. O próprio Supremo Tribunal Federal, em 2004, no bojo da ADI 1570, reconheceu a inconstitucionalidade das disposições contidas na Lei 9.034/1995, que atribuía funções investigatórias aos juízes nas ações praticadas por organizações criminosas. No feito reconheceu-se que a acumulação das funções de investigação pelo magistrado feriria o princípio da imparcialidade e o devido processo legal, uma vez que estaria se criando no ordenamento jurídico a figura do juiz de instrução, adotado em alguns países da Europa e tratado como obsoleto, usurpando as atribuições conferidas ao Ministério Público e à Polícia Judiciária.

Na via legislativa também se observa a retirada progressiva dessas espécies de poderes do magistrado. Conforme preceitua SILVA (2007, p. 4), “a Lei n. 11.101/05 - Nova Lei de Falências - extinguiu o inquérito judicial falimentar, deixando tais crimes de ser investigados por magistrados do juízo falimentar”. Com a revogação, as investigações passaram a ser de incumbência da polícia judiciária, que, por sua vez, remete os autos ao Ministério Público para oferta da ação penal, como é a regra no processo penal acusatório.

Não bastasse, a Lei n. 13.964/2019, conhecida popularmente como “Pacote Anticrime”, que “aperfeiçoa a legislação penal e processual penal” (art. 1º), reza que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (art. 3º-A), reforçando o caráter acusatório do sistema processual penal e a intenção do legis-

lador de distanciar o juiz da iniciativa probatória, para preservar sua imparcialidade.

Apesar dessa controvérsia, o STF não declarou a inconstitucionalidade dos chamados inquéritos judiciais no âmbito dos Tribunais, mas, de certa forma, ratificou a sua vigência no ordenamento jurídico, ao instaurar o Inquérito Judicial 4.781/DF.

3. O INQUÉRITO JUDICIAL 4.781/DF, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No dia 14 de março de 2019, o presidente do STF, Ministro José Antônio Dias Toffoli, editou a Portaria GP n. 69, instaurando o inquérito judicial 4.781/DF, para apurar a existência de notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi*, *diffamandi* e *injuriandi*, que atingiriam a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares. O Ministro utilizou os arts. 13, I; 43²⁰ e seguintes do RISTF para sustentar a inauguração do procedimento e designou para a condução do feito o Ministro Alexandre de Moraes.

Em 11 de abril de 2019 foram veiculadas matérias na revista “Cruzoé” e no site “O Antagonista”, intituladas de “O amigo do amigo do meu pai”. As matérias alegavam que “amigo do amigo do meu pai” seria o codinome usado por Marcelo Odebrecht para se referir ao Ministro Dias Toffoli, em comunicação interna da empreiteira envolvida em escândalos de corrupção. Segundo a reportagem, a empreiteira manteve contato com Toffoli em 2007, na época em que este era Advogado-Geral da União, quando a Odebrecht tentava vencer o leilão para a construção de usinas hidrelétricas no Rio Madeira. Segundo as reportagens, a fonte da matéria era um documento de esclarecimentos entregue à Polícia Federal pelo próprio Marcelo Odebrecht (RANGEL e COUTINHO, 2019).

20 Art. 13. São atribuições do Presidente:

I – velar pelas prerrogativas do Tribunal;

Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.

Dois dias depois, em 13 de abril de 2019, o Ministro-investigador Alexandre de Moraes determinou cautelarmente a retirada das matérias dos seus respectivos websites, sob pena diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), uma vez que a Procuradoria-Geral da República não havia confirmado o teor e nem mesmo a existência de documento sigiloso referente à colaboração premiada que citava o Presidente do STF (MIGALHAS, 2019). Passados cinco dias, entretanto, Moraes revogou a sua decisão, asseverando que o documento citado nas matérias realmente existia (MACEDO, 2019).

Neste interregno, em 12 de abril de 2019, sobreveio outra decisão no bojo do inquérito, com o Min. Moraes determinando a busca e apreensão de computadores, “tablets”, celulares e outros dispositivos eletrônicos de sete pessoas, bem como de quaisquer outros materiais relacionados à disseminação de ofensas ao STF e seus integrantes, com conteúdo de ódio e de subversão da ordem. Determinou, ainda, o bloqueio de contas em redes sociais dos investigados, tais como Facebook, Whatsapp, Twitter e Instagram. Os mandados foram cumpridos em São Paulo e Alagoas (MIGALHAS, 2019).

O Ministério Público Federal requereu em 16 de abril de 2019, por intermédio da Procuradora-Geral da República Raquel Dodge, o arquivamento do inquérito judicial, sob os fundamentos de que o procedimento ofenderia o princípio acusatório, o devido processo legal, a imparcialidade do juiz, o juiz natural e regras de competência (MPF, 2019). Apesar da manifestação do órgão ministerial, o Ministro Alexandre de Moraes negou o arquivamento, aduzindo, em síntese, que o objeto do inquérito seria claro e específico, que o art. 43 do RISTF autorizava a sua instauração e que a promoção do Ministério Público Federal era intempestiva e genérica (MIGALHAS, 2019).

O Relator voltou a emitir decisão nos autos em 1º de agosto de 2019, determinando a suspensão imediata de todos os procedimentos investigatórios instaurados na Receita Federal ou em outros órgãos, com base na Nota COPES²¹ n. 48, de 2/3/2018, em relação a 133 contribuintes, assim como o afastamento temporário de dois auditores fiscais, em virtude do que o Ministro chamou de graves indícios da prática de infração funcional, penal e improbidade administrativa. Conforme o magistrado, a decisão foi pautada na necessidade de parar investiga-

21 Coordenação-Geral de Programação e Estudos da Receita Federal do Brasil

ção oblíqua e ilegal de diversos agentes públicos, sem que existissem indícios de que essas autoridades estariam cometendo irregularidades (CONJUR, 2019). Em novembro do mesmo ano, o Ministro revogou o afastamento dos Auditores, pelo fato de já terem sido ouvidos no procedimento (OLIVEIRA, BONFIM e D'AGOSTINO, 2019).

Outra decisão de impacto tomada na investigação foi a determinação de busca e apreensão na residência do ex-Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, além da aplicação de medida cautelar de afastamento de 200 metros dos Ministros do STF e suspensão de seu porte de arma. As medidas foram motivadas por matéria da revista “VEJA”, de 27/09/2019, em que o outrora chefe do Ministério Público Federal afirmava que já havia entrado no STF armado, com a intenção de ceifar a vida do Ministro Gilmar Mendes (CONJUR, 2019).

O último ato que se tem notícia relativo ao Inquérito 4.781/DF data de 18/12/2019, quando o Ministro-Relator prorrogou por mais 6 (seis) meses o procedimento (OLIVEIRA, 2019). Atualmente, a investigação continua em curso, a despeito das críticas, inclusive quanto à inobservância das regras de atribuição investigatória pela Corte.

4. A ILEGALIDADE DA ATRIBUIÇÃO INVESTIGATIVA UNIVERSAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO INQUÉRITO 4.781/DF

Conforme dito alhures, as competências penais de maior relevo do STF encontram-se no art. 102 da Constituição Federal, com preponderância do critério *ratione functionae* para julgamento. Isso importa dizer que a competência por prerrogativa de função necessariamente observará quem figura no papel de autor do delito e, se essa pessoa estiver no rol do art. 102, caberá à Suprema Corte o seu julgamento. Noberto Avena esclarece que a primeira etapa para saber de quem é a competência do feito é analisar a função do agente:

O primeiro passo na busca do juízo competente é definir o Órgão Jurisdicional a que incumbirão o processo e o julgamento da infração. Para tanto, é necessário verificar se a condição funcional do agente garante ou não a ele prerrogativa de função (ou foro pri-

vilegiado), isto é, o direito de ser processado criminalmente (não há essa prerrogativa na esfera cível) e julgado diretamente nos Tribunais. Trata-se, enfim, de pessoas que, por ocuparem cargos de relevância, detêm a prerrogativa de serem processados e julgados perante órgãos jurisdicionais superiores. (2018, p. 750)

Importa ressaltar que somente haverá o julgamento pelos tribunais se o autor do crime ainda estiver exercendo o cargo que lhe garante a prerrogativa de foro. Caso já não exerça a função, a competência será do juízo de primeira instância (LENZA, 2015). Nesta mesma trilha, o STF, atribuindo nova interpretação ao artigo 102, I da CF/88, decidiu que o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas (AP 937 QO/RJ), resultando na Súmula n. 451, que dispõe que a competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional.

Renato Brasileiro (2018) esclarece que as hipóteses de foro por prerrogativa de função atribuídas ao STF e ao Superior Tribunal de Justiça não contemplam nenhuma exceção pois, em relação a essas Cortes, a regra de fixação de competência é estrita, salvo em relação aos denominados crimes de responsabilidade.

Analisando os destinatários das medidas cautelares expedidas no Inquérito 4.781/DF, verifica-se que nenhum deles é detentor das funções elencadas no art. 102 da Carta Magna, o que de pronto afasta a incidência deste dispositivo constitucional ao caso, restando o exame dos artigos do RISTF que deram ensejo à instauração do inquérito.

O art. 43 do RISTF preceitua que o Presidente do Tribunal instaurará inquérito para apurar infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, envolvendo autoridade sujeita à sua jurisdição ou não. Pode, ainda, o Presidente da Corte delegar essa atribuição a outro Ministro, como ocorreu no Inquérito 4.781/DF.

O dispositivo, conforme já explicitado, é uma espécie de poder de polícia deferido à Suprema Corte para investigar delitos nas suas dependências físicas, e é bastante assemelhado ao art. 4º da Resolução 59 de 2002 do Senado Federal, que em seu *caput* estipula o seguinte (SENADO FEDERAL, 2002):

Art. 4o Na hipótese de ocorrência de infração penal nas dependências sob a responsabilidade do Senado Federal, instaurar-se-á o competente inquérito policial presidido por servidor no exercício de atividade típica de polícia, bacharel em Direito.

A Câmara dos Deputados também possui em seu Regimento Interno (Resolução n. 17, de 1989) regra neste sentido (BRASIL, 1989):

Art. 269. Quando, nos edifícios da Câmara, for cometido algum delito, instaurar-se-á inquérito a ser presidido pelo diretor de serviços de segurança ou, se o indiciado ou o preso for membro da Casa, pelo Corregedor ou Corregedor substituto.

§ 1o Serão observados, no inquérito, o Código de Processo Penal e os regulamentos policiais do Distrito Federal, no que lhe forem aplicáveis.

O Supremo Tribunal Federal já se debruçou sobre a possibilidade de investigação pela Câmara dos Deputados e do Senado Federal, aduzindo que o poder de polícia desses órgãos compreende a prisão em flagrante do transgressor e a realização do inquérito, em caso de crimes cometidos nas suas dependências, resultando na Súmula 397. Apesar de haver tal possibilidade de investigação para resguardar a independência e autonomia do Poder Legislativo, a polícia legislativa somente possui atribuição para a investigação de fatos que ocorram dentro do espaço físico ocupado por esse Poder (recintos do Senado Federal e da Câmara dos Deputados), pois estes seriam edifícios especialmente tutelados pela Constituição Federal (LÓPEZ, 2010).

López (2010) nota que essa noção de inviolabilidade do espaço físico do Parlamento é também adotada na Alemanha, em que o Presidente do *Bundestag* (análogo à Câmara dos Deputados) “exerce os poderes de gestão e de polícia” em seu edifício, conforme art. 40 da Constituição Alemã de 1949²²

22 Art. 40 (...) (2) O Presidente exerce os poderes de gestão e de polícia no edifício do *Bundestag*. Sem sua autorização, é vedada qualquer investigação, prisão ou busca e apreensão no espaço do *Bundestag*.

Descortinada a razão destas normas existirem, torna-se possível assegurar que a atribuição investigatória relacionada a inquéritos judiciais é limitada às dependências físicas do prédio do STF, como forma de garantir o funcionamento, independência e autonomia do órgão, similarmente à prerrogativa deferida ao Congresso Nacional. Ao contrário desta concepção, no entanto, o Ministro Alexandre de Moraes determinou a retirada de matérias jornalísticas dos websites da Revista “Crusoe” e “O Antagonista”; expediu mandados de busca e apreensão às residências de investigados nas cidades de São Paulo e Alagoas e; afastou temporariamente dois auditores fiscais da Receita Federal de seus cargos. Nenhum dos fatos alegadamente criminosos foi praticado na sede ou dependências físicas da alta Corte.

No caso das matérias e das postagens nas redes sociais, todas foram inseridas na rede mundial de computadores, e, tratando-se de crimes cibernéticos, a competência fixa-se em razão do local onde foi concluída a ação delituosa, ou seja, onde se encontra o responsável pela veiculação e divulgação das notícias, sendo indiferente a localização do provedor de acesso à rede mundial de computadores ou sua efetiva visualização pelos usuários (NETO, 2019). Tal entendimento é proveniente do Superior Tribunal de Justiça, vide Informativo n. 0434 (STJ, 2010) e deve orientar também a fixação da atribuição investigativa.

Da mesma forma, Domingos e Röder (2018) afirmam que para a definição do lugar do delito o legislador penal brasileiro adotou o Princípio da Ubiquidade (art. 6º do Código Penal), estabelecendo que se considera praticado o crime “no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde produziu ou deveria produzir-se o resultado”, aplicando-se tal regra aos crimes cibernéticos.

Em relação aos auditores-fiscais, tem-se que os atos supostamente delituosos foram praticados nos órgãos da Receita Federal do Brasil, o que também não se insere na atribuição espacial prevista no art. 43 do RISTF. Existindo indícios do cometimento de crime pelos auditores, caberia ao Delegado de Polícia Civil – ou de Polícia Federal, caso houvesse interesse da União/lesado – realizar as investigações preliminares, conforme art. 4º do Código de Processo Penal.

Especificamente quanto ao caso do investigado Rodrigo Janot, é de se notar que, ao contrário dos demais imputados, houve observância

da Corte quanto ao critério espacial. Conforme narrou Janot à revista “VEJA”, ele, à época que era mandatário do Ministério Público, adentrou a sede física do STF com a intenção de ceifar a vida do Min. Gilmar Mendes e depois se suicidar, mas felizmente desistiu de prosseguir no *iter criminis*. Como se vê, a ação ocorreu dentro do prédio da Suprema Corte, o que legitima a investigação por inquérito judicial, nos termos do art. 43 do RISTF.

Todavia, mesmo assim existe vício ao se incluir o ex-PGR no procedimento, porquanto vislumbra-se ausência de vinculação da Corte ao objeto do inquérito judicial. Com efeito, o Ministro Dias Toffoli baseou a abertura do Inquérito 4.781/DF na existência de “notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi, diffamandi e injuriandi*”. Apesar de ter ocorrido dentro do prédio da Corte, a ação do ex-Procurador Geral da República (PGR) não se reveste de nenhum desses *animus*, tampouco se relaciona a *fake news* de qualquer espécie.

Aury Lopes Jr. (2016) leciona que o objeto da investigação preliminar limita-se ao fato constante na *notitia criminis*, ou seja, os indícios do delito que dão origem ao procedimento, servindo o inquérito – essencialmente – para averiguar esses fatos. Em complemento, Francisco Sannini Neto, assevera que as razões de fato e de direito devem ser expostas na Portaria inaugural do inquérito:

[...] a Portaria é um ato jurídico-administrativo de conteúdo decisório e que afeta direitos fundamentais, razão pela qual, o delegado de polícia deve expor os substratos fáticos e jurídicos que justificam a instauração do inquérito. Aliás, a falta de fundamentação neste ato pode ser combatida através de habeas corpus impetrado pelo sujeito passivo da investigação (2016, p. 1).

Neste caso, portanto, não é concebível a inclusão do fato praticado pelo ex PGR na investigação a que concerne o Inquérito 4.781/DF, vez que este trata de objeto totalmente diverso, relacionado a *fake news* e as suas consequências aos Ministros do STF. Mais acertado seria a instauração de um novo inquérito judicial, possuindo como objeto a investigação de eventual delito narrado por Rodrigo Janot na sede da Corte.

Noutro prisma, recentemente o Ministério Público Federal, por meio do novo PGR, Augusto Aras, e no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 572, defendeu que o art. 13, I, do RISTF dá poder ao Presidente da Corte para instaurar inquérito judicial contra qualquer indivíduo, mesmo que fora da sede ou dependências do seu prédio, desde que necessário para velar pelas prerrogativas do Tribunal. Ocorre que tal entendimento não leva em conta o próprio artigo 43 do RISTF, que expressamente limita o alcance do inquérito judicial aos crimes ocorridos na sede ou dependência da Corte.

Nem mesmo a Resolução n. 564 de 2015, que regulamenta o exercício do poder de polícia previsto no art. 42, 43, 44 e 45 do RISTF, prevê a possibilidade de se investigar suspeitos que não tenham cometido delitos dentro das circunscrições do prédio do Tribunal (STF, 2015).

Oportunas aqui as lições de Brasileiro (2018), ao explicar que quando se interpreta a lei procura-se a sua vontade (*mens legis*), e que somente é possível ampliar o alcance da norma em relação a casos em que ela evidentemente não quis excluir.

A pretensão da Suprema Corte e, mais recentemente, da Procuradoria-Geral da República em interpretar extensivamente o art. 43 do RISTF tem o condão de criar uma atribuição universal de investigação. Com efeito, admitindo-se como válida essa interpretação sistemática, poderia o Presidente conjugar qualquer prerrogativa ou dever com o dispositivo que legitima a instauração do inquérito judicial para abranger todo e qualquer indivíduo, pelas mais diversas razões, contrariando a *mens legis* do procedimento investigativo e tornando o procedimento arbitrário e ilegal.

CONCLUSÃO

O inquérito judicial é um instrumento de persecução que deve ser utilizado com parcimônia, vez que constitui exceção ao sistema processual penal vigente e retira das polícias judiciárias a sua atribuição principal, que é a de investigar. Pensando nisso, o legislador criou mecanismos para limitar o alcance dos inquéritos judiciais, ao dizer que somente os crimes que ocorrerem nas dependências físicas do Tribunal é que poderão ser objeto deste procedimento.

Da mesma forma, não se pode olvidar da vinculação ao objeto do inquérito judicial, pois o fato de a investigação ser conduzida por um Tribunal de Justiça não legitima a sua condução de forma a abranger todo e qualquer fato. É preciso se restringir à investigação do fato típico que deu ensejo ao procedimento.

Conclui-se que essas observações devem se aplicar também ao Supremo Tribunal Federal, pois, apesar de ser a Corte de maior estatura no ordenamento jurídico brasileiro, está adstrita à lei como todos os outros Tribunais. Nesta senda, à medida que a alta Corte não observa as regras do seu próprio regimento no Inquérito Judicial 4.781/DF, pratica atos ilegais e contribui para a criação de uma atribuição investigativa universal, não condizente com a razão de ser do inquérito judicial.

Justamente por essas razões, é que não se pode conduzir o inquérito judicial de modo a abranger qualquer “suspeito” por qualquer fundamento – como quer o STF e a Procuradoria-Geral da República –, sob pena de revestir o procedimento de ilegalidades e sujeita-lo às mais diversas arbitrariedades, como vem se sucedendo no Inquérito 4.781/DF.

Como se vê, o inquérito judicial é tema deveras relevante para o estudo constitucional e processual penal contemporâneo, podendo ter seu estudo ampliado em relação a inúmeros aspectos, tais como a sua adequação com o princípio acusatório, a necessidade de intervenção do Ministério Público e a sua (in)constitucionalidade.

Por fim, é imprescindível que nossos olhares se voltem ao Inquérito Judicial 4.781/DF, ainda em trâmite no STF, por ser um procedimento que envolve interessantes discussões, tais como aquelas relativas à atribuição investigativa e a vinculação ao objeto da investigação, tratadas neste trabalho sob o ponto de vista legal.

REFERÊNCIAS

Alexandre autoriza PF em busca e apreensão em casa e escritório de Janot. **Revista Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-set-27/alexandre-autoriza-busca-apreensao-endereco-janot>>. Acesso em 23 mar. 2020.

Alexandre de Moraes nega arquivamento de inquérito sobre ofensas ao STF. **Migalhas**, 2019. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/quentes/300509/alexandre-de-moraes-nega-arquivamento-de-inquerito-sobre-ofensas-ao-stf>>. Acesso em 22 mar. 2020.

Alexandre manda Receita suspender investigações secretas de autoridades. **Revista Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-01/alexandre-manda-receita-suspender-investigacoes-secretas>>. Acesso em 22 mar. 2020.

AVENA, Noberto. **Processo Penal**. 10^a ed. – RJ: Forense, SP: MÉTODO, 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados do Brasil. **Regimento Interno**, estabelecido pela Resolução 17, de 1989. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados>>. Acesso em 24 mar. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Regimento interno** – Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2019. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em 16 fev. 2020.

BRASIL. **Código Penal de 1940**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 24 mar. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em 22 mar. 2020.

BRASIL. **Código de Processo Penal de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 22 mar. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. **Crimes cibernéticos**. Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal. Brasília: MPF, 2018.

Informativo de Jurisprudência. **Superior Tribunal de Justiça (STJ)**, 2010. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=%40cod%3D%27434%27&refinar=S.DISP.&&b=INFJ&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=11>>. Acesso em 23 mar. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 6ª ed. – Salvador: JusPodivm, 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19ª ed. – SP: Saraiva, 2015.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 13ª ed. – SP: Saraiva, 2016.

LÓPEZ, Éder Maurício Pezzi. **Polícia Legislativa: atribuições investigativas e de polícia judiciária em face da Constituição de 1988**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/198728>>. Acesso em 18 mar. 2020.

MACEDO, Fausto. Alexandre recua e derruba censura após constatar que reportagem não é fake news. **Estadão**, 2019. Disponível em <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2019/04/INQ-4781-18-abril.pdf>>. Acesso em 22 mar. 2020.

Moraes manda Crusoé e O Antagonista retirarem do ar reportagem que cita Toffoli. **Migalhas**, 2019. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/4/art20190415-15.pdf>>. Acesso em 22 mar. 2020.

Moraes ordena busca em inquérito sobre fake news contra o STF. **Migalhas**, 2019. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/4/art20190416-10.pdf>>. Acesso em 22 mar. 2020.

NETO, Jacinto Sousa. **Inconstitucionalidade do inquérito do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/73817/inconstitucionalidade-do-inquerito-do-supremo-tribunal-federal/1>>. Acesso em 24 mar. 2020.

OLIVEIRA, Mariana. Alexandre de Moraes prorroga por mais seis meses inquérito que apura ameaças a ministros do STF. **G1**, 2019. Disponível em <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/12/18/alexandre-de-moraes-prorroga-por-mais-seis-meses-inquerito-que-apura-ameacas-a-ministros-do-stf.gh.html>>. Acesso em 26 mar. 2020.

OLIVEIRA, Mariana; BONFIM, Camila e; D'AGOSTINO, Rosanne. Ministro Alexandre de Moraes, do STF, revoga afastamento de dois auditores da Receita. **G1**, 2019. Disponível em <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/11/05/alexandre-de-moraes-do-stf-revoga-afastamento-de-dois-auditores-da-receita.gh.html>>. Acesso em 23 mar. 2020.

RANGEL, Rodrigo e COUTINHO, Mateus. “O amigo do amigo de meu pai”. **Crusoé**, 2019. Disponível em <<https://crusoe.com.br/edicoes/50/o-amigo-do-amigo-de-meu-pai/>>. Acesso em 22 mar. 2020.

Raquel Dodge arquiva inquérito aberto de ofício pelo Supremo Tribunal Federal. **Ministério Público Federal**, 2019. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/raquel-dodge-arquiva-inquerito-aberto-de-oficio-pelo-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em 22 mar. 2020.

SANNINI NETO, Francisco. **Portaria inaugural do inquérito policial: teoria e prática**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4866, 27 out. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/53187>>. Acesso em 26 mar. 2020.

SENADO FEDERAL DO BRASIL. **Resolução n. 59, de 2002**. Disponível em: <<https://adm.senado.leg.br/normas/ui/pub/normaConsultada?jsessionid=F3203486A002B1EAB98C60767333441A?0&idNorma=224680>>. Acesso em 23 mar. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Resolução n. 564, de 2015.**

Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/atoNormativo/verAtoNormativo.asp?documento=2492>>. Acesso em 27 mar. 2020.

SILVA, Eduardo Pereira da. **Prerrogativa de Foro no inquérito policial.** Revista CEJ, Brasília, n. 36, p. 6-13. jan./mar. 2007.

Toffoli abre inquérito para apurar ameaças a ministros e ao Supremo. **Revista Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/comunicado-supremo-tribunal-federal1.pdf>>. Acesso em 16 fev. 2020.

VELLOSO, Carlos Mário. **O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional (uma proposta que visa a tornar efetiva a sua missão precípua de guarda da Constituição).** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 1993. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45732/47284>>. Acesso em 15 mar. 2020.

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Fernanda de Carvalho Dantas

Claudia de Carvalho Dantas

1. INTRODUÇÃO

O setor saúde, no tocante à assistência que é prestada à população, é complexo, amplo e integrado por vários personagens do âmbito público e privado, bem como, por várias entidades regulatórias e diversos dispositivos legais que norteiam a relação entre esses personagens e entidades. Se evocarmos a Constituição Federal Brasileira vigente, é possível verificar que a saúde é um direito de todos e dever do estado contudo, existem outros conceitos para o termo saúde²³.

Consigna-se que a saúde integra o rol de direitos sociais fundamentais do cidadão, conforme estatuído no artigo 6º, da Carta Magna.

23 A Lei 8080/90, define saúde da seguinte forma: “Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” (BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Lei Orgânica da Saúde. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, set. 1990.). Já a Organização Mundial da Saúde, define saúde como: “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”(ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. Documentos básicos, suplemento da 45ª edição, outubro de 2006. Disponível em espanhol em: https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf).

Dentre todos os direitos sociais dispostos na Constituição Federal de 1988, a saúde pode ser considerada como um dos direitos de maior importância, uma vez que, por sua natureza, encontra-se atrelada ao direito à vida e à dignidade a pessoa humana.

Apesar de se constituir em um direito, muitos brasileiros necessitam recorrer ao judiciário para ter a garantia deste. Com o advento das tecnologias e sistemas de informação, a sociedade passou a adquirir mais informação e, por conseguinte, a cobrar mais por seus direitos. Concomitante e ciente disso, a típica função do Poder Judiciário, no que concerne a aplicação do ordenamento jurídico, tem oportunizado uma atuação mais proativa por parte de seus integrantes com intuito de melhor atender aos anseios dos seus jurisdicionados, que cada vez mais estão instruídos e partícipes nos âmbitos dos espaços deliberativos em geral.

E, dessa forma, tem crescido os casos de judicialização da saúde. O Ministro Barroso, em um de seus livros sobre judicialização, define a mera possibilidade de levar conflitos à apreciação do Judiciário como “judicialização”. Elucida ainda que, na última década, tem aumentado o interesse pelo tema, bem como, o número de trabalhos sobre a judicialização em espaços acadêmicos. O Ministro ratifica que o país experimenta uma explosão de ações judiciais e, nesse contexto, temos visto o judiciário, sobretudo o Supremo Tribunal Federal (STF), tendo que resolver boa parte das grandes questões nacionais, que afetam os mais diversos âmbitos da existência e da cidadania (BARROSO, 2018).

Destarte, conhecer como se deu o surgimento histórico da judicialização da saúde no Brasil, bem como, conhecer o panorama atual desse fenômeno, possibilitarão reflexões sobre as políticas públicas de saúde brasileiras e sobre o trabalho realizado pelo Poder Judiciário, que é a única instituição legitimada para pacificar os diversos conflitos existentes no contexto do direito privado, e pelo Poder Legislativo, que é o responsável por imprimir no papel quais direitos cabe à população que, na prática, carece de recorrer ao judiciário para ter seu direito usufruído.

Por fim, algo importante a se destacar é que a judicialização além de ser um tema hodierno é, também, um tema sensível ao Judiciário, uma vez que, no entender de Leal e Maas (2018, p.51):

se o julgador enfrenta, por um lado, a complexidade das ações devido a questões técnicas, o que demanda um poder de decisão também complexo, por outro, o alto custo e os impactos financeiros das decisões repercutem no planejamento orçamentário e, portanto, na esfera de deliberação política dos Poderes Públicos.

O alto custo e os impactos financeiros, citados anteriormente por Leal e Mass (op. Cit) constituíram alguns dos motivos que impulsionaram Gilmar Mendes, Ministro do STF, no ano de 2010, decidir por estabelecer alguns critérios relativos às demandas do direito a saúde concretizados nos seguintes documentos jurídicos: Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/Ceará e Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47/Pernambuco. Somado a tais critérios, o Juiz de Direito, Lamarão Neto, em seu livro “Judicialização da saúde: o indivíduo e a sociedade de cooperação”, dentre outros, lista critérios a serem utilizados por magistrados em suas sentenças sobre o tema.

Isto posto, o artigo em questão tem o objetivo de apresentar uma retrospectiva histórica do surgimento da judicialização da saúde no Brasil e analisar as estatísticas contemporâneas desse fenômeno. Sobre o problema de pesquisa, vale destacar, o entendimento de Falbo (2011, p.03) ao afirmar que: “a sociedade humana constitui domínio de investigação de diversas ciências que buscam sua compreensão. O desenvolvimento e o avanço dessas ciências dependem tanto da busca e da observação de fatos como da análise sistemática desses mesmos fatos”.

Destarte, busca-se analisar fatos relacionados à judicialização e, para tal, realizou-se pesquisa bibliográfica e documental. Sobre a pesquisa bibliográfica e documental é importante destacar que são de naturezas distintas e Gil (2008) elucida que a diferença entre esses tipos de pesquisa é a fonte: enquanto a pesquisa bibliográfica se utiliza fundamentalmente das contribuições de vários autores sobre determinado assunto, a pesquisa documental baseia-se em materiais que não receberam ainda um tratamento analítico ou que podem ser reelaborados de acordo com os objetivos da pesquisa.

A respeito da pesquisa bibliográfica, Pinto (2019, p.1) enumera algumas contribuições desta, quer sejam: “fazer um histórico sobre

o tema; atualizar-se sobre o tema escolhido; encontrar respostas aos problemas formulados; levantar contradições; evitar repetição de trabalhos já realizados; etc.”. No tocante à pesquisa documental, Helder (2006, p 1-2) elucida que: “a pesquisa documental é de grande importância, baseando-se na utilização de documentos primários, originais, chamados popularmente de “primeira mão”, e que ainda não tenham recebido nenhum tratamento analítico”.

Para esta pesquisa, foram utilizadas como fontes de coleta de dados as publicações do Portal Capes e da BVS, livros, teses e dissertações, bem como, relatórios e demais documentos do Conselho Nacional de Saúde e Conselho Nacional de Justiça sobre a judicialização da saúde e legislações sobre área da saúde correlata à judicialização. Após os dados serem coletados, eles foram organizados em quadros e gráficos, de modo a possibilitar uma melhor visualização para posterior análise teórico-jurídica e crítico-reflexiva.

2. CONSOLIDADO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Antes de iniciar a discussão sobre judicialização é importante mencionar como se deu a formação dos Estados Nacionais uma vez que sua formação desencadeou o fomento ao fenômeno da judicialização. A esse respeito, historiadores reportam ao período da Idade Média, compreendido entre os séculos XI a XIV, onde surgiram os Estados Nacionais, os quais eram centralizados, ou seja, o poder ficava restrito a um único governante, responsável por seu território. Essa fase da história apontou para a necessidade de reorganizar os principais personagens da época, quer sejam: nobreza, igreja, império, servos – de modo a familiarizá-los ao novo cenário que se formava, ou seja, o da sujeição a um monarca representante do Estado.

Destarte, tornou-se indispensável pensar como se daria a organização administrativa do estado, carecendo estabelecer a base legal e administrativa para que o Estado, na figura do rei, exercesse seu poder sobre as pessoas sob sua responsabilidade. A esse respeito, Sampaio Júnior (2009, p.17) elucida:

A organização dos territórios conquistados e a formação de exércitos próprios, a distribuição da justiça e o recolhimento dos impostos, dentre inúmeros outros fatores, contribuíram para a formação de uma burocracia comprometida com os interesses do Estado, e não do governo, e composta por funcionários [...]

A estruturação do Estado moderno sobre as bases burocráticas bem reflete a predominância que, na Modernidade, as ações racionais tiveram sobre as ações tradicionais e afetivas. A fundamentação das atividades sociais se deslocou das tradições, dos hábitos, costumes e particularismos locais para a necessidade de consecução do fim almejado, pois “a ação racional tendo em vista um fim [...] é uma ação instrumental voltada para um fim utilitário e que implica a adequação entre fins e meios.”

Sobre a organização burocrática, Max Weber complementa, elucidando critérios para estrutura burocrática eficiente e legítima que compilou em cinco ideias, as quais serão listadas, a seguir:

1. Que toda norma legal dada pode ser estabelecida por acordo ou imposição, visando fins utilitários ou valores racionais – ou ambos.
2. Que todo Direito consiste, essencialmente, num sistema integrado de normas abstratas.
3. Que, assim, a pessoa que representa tipicamente a autoridade ocupa um “cargo”.
4. Que a pessoa que obedece à autoridade o faz, como é usualmente estabelecido, apenas na qualidade de “membro” da associação.
5. De conformidade com o ponto 3, segue-se que os membros da associação, enquanto obedientes àquele que representa a autoridade, não devem obediência a ele como indivíduo, mas à ordem impessoal. (Weber et al, 1966, p.16)

Verifica-se que, o Estado Moderno apresenta como característica a superação das ações tradicionais e afetivas que, antes de sua criação, os fatos cotidianos eram relacionados à questões naturais, aos deuses, a forças ocultas, sem racionalidade. Vale destacar o entendimento de Paulo Bonavides sobre o Estado Moderno que “significa uma nova representação de poder grandemente distinta daquela que prevaleceu em passado mais remoto ou até mesmo mais próxima, como foi o largo período medieval” (BONAVIDES, 2004, p.27).

Isso posto, constata-se que, com a criação e fortalecimento do Estado Moderno a racionalidade passou a predominar e, conseqüentemente, o Estado passa a adotar mecanismos legais e legítimos “para adentrar na vida do indivíduo, sobretudo, em função do fundamento de que a atuação estatal é sempre voltada para o atendimento do interesse comum”. (BONAVIDES, 2004, p.28).

Logo, é possível compreender que, por meio da criação do ordenamento jurídico do estado, tornou-se possível o Estado intervir de forma legítima na vida das pessoas e coletividade em geral e, desmistificou, afastando a interferência da divindade nas decisões judiciais. Assim, conforme destaca Sampaio Júnior (2009), o Estado se tornou o responsável pela criação das normas e sua respetiva aplicação, passando a ter a incumbência de dirimir todo tipo de conflito.

Na modernidade, a tendência ao monoísmo jurídico, acabou por atribuir ao Estado a responsabilidade por toda a produção e aplicação do direito. Por conseguinte, houve a dissolução dos instrumentos de controle e pacificação antes existentes nas sociedades tradicionais. Desestruturaram-se os antigos alicerces sobre os quais se assentava a estrutura de poder na sociedade. As figuras dotadas de autoridade, capazes de mediar um conflito e com poder moral para dirimi-lo, foram progressivamente perdendo o respaldo que lhe conferia aquela autoridade. (SAMPAIO JUNIOR, 2009, p. 18).

Isto posto, verifica-se que foi a partir da responsabilidade assumida pelo Estado em criar as normas e aplicá-las, ou seja, de dizer e aplicar o

direito que, na atualidade, houve a supervalorização do Poder Judiciário e desencadeou o fomento ao fenômeno da judicialização.

A judicialização possui grande relevância não só no Brasil, mas no mundo, com grande espaço nas áreas das Ciências Políticas e do Direito, onde há divergências de posicionamentos, de acordo com cada pensador/doutrinador, dada a complexidade deste instituto, uma vez que abrange a relação direta da tríade: Poder Judiciário, a política e a sociedade de um país.

Nos últimos anos, diante da constatação da expansão dos poderes judiciais nas democracias contemporâneas, tornou-se corrente entre os cientistas políticos o uso da expressão *judicialização da política* para referir-se à interferência de decisões judiciais e à introdução de procedimentos de natureza judicial em diversas arenas políticas. (...) Em resumo, podemos dizer que a judicialização envolve essencialmente uma transformação na direção do processo judicial” (ZAULI, 2011, p. 195).

Nesta linha de raciocínio, Vianna et al (1999, p.40) afirmam que “a política se judicializa a fim de viabilizar o encontro da comunidade com os seus propósitos, declarados formalmente na constituição”. No tocante aos aspectos históricos de surgimento da judicialização, o que se observa é a falta de consenso entre os estudiosos. Muitos, inclusive, conceituam de forma distinta, conforme pesquisa realizada por Maciel e Koerner (2002, p. 115):

Os juristas usam o termo judicialização para se referirem à obrigação legal de que um determinado tema seja apreciado judicialmente.

Próximo a esse sentido, mas já com caráter normativo, afirma-se que judicialização é o ingresso em juízo de determinada causa, que indicaria certa preferência do autor por esse tipo de via. Refere-se a decisões particulares de tribunais, cujo conteúdo o analista consideraria político, ou referente a decisões privadas dos cidadãos (como questões de família). [...]

A expressão recebe um sentido de processo social e político, quando é usada para se referir à expansão do âmbito qualitativo de atuação do sistema judicial, do caráter dos procedimentos de que dispõem e, ainda aumento do número de processos nos tribunais. A judicialização é tomada como um processo objetivo utilizado para defender propostas de mudança na organização do Judiciário ou na cultura jurídica, considerada defasada face às novas necessidades sociais. [...]

O termo aplica-se não só à ação dos juízes mas também os profissionais de outras carreiras judiciais (especialmente os membros do Ministério Público), que seriam os responsáveis pela judicialização da política, por utilizar “excessivamente” suas atribuições para levar os conflitos à justiça ou para resolvê-los extra-judicialmente, tendo a lei e seu *savoir-faire* como referência.

[...]

No sentido constitucional, a judicialização refere-se ao novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo da separação dos poderes do Estado, que levaria à ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na política.

Para compreender a origem histórica da judicialização, é necessário conhecer o papel do Poder Judiciário nos Estados Liberal, Social, e Pós-social. No tocante ao Estado Liberal este abrangeu do século XIX e início do século XX (até a primeira guerra mundial). Caracterizado pela intervenção mínima do Estado sobre as relações privadas, em especial, no que tange às questões de natureza econômica e pelo reconhecimento da igualdade das pessoas diante da lei.

Nesta linha de raciocínio, Couto e Oliveira (2016, p.184) referem que o Estado liberal limita-se por uma constituição escrita “dotada de comandos que proibiam a ingerência estatal na esfera de direitos individuais do cidadão, especialmente quanto a seus direitos civis e políticos, e, também, na propriedade privada e na atividade econômica”.

Considerando a intervenção mínima do Estado nas relações privadas, o legislativo enquanto poder possui fundamental importância

já que consiste na vontade popular e constitui garantidor da igualdade formal entre os indivíduos diante da lei, o que inevitavelmente neutraliza a atuação do Poder Judiciário.

Pode-se inferir que no entendimento liberal o juízo assume a responsabilidade de submeter o caso concreto a norma vigente criada pelo Poder Legislativo e este contexto sofrerá modificações com o surgimento do Estado Social. De acordo com Couto e Oliveira (2016, 185) o Estado Social “resulta de um acordo entre os trabalhadores e os donos dos meios de produção, no qual ambos se comprometem a flexibilizar seus interesses”.

No Estado Social, o Estado assume ação oposta a adotado no Estado Liberal onde, o estado passa a ser intervencionista e ativo perante a sociedade. Apresentando maior intervenção, o Estado passa a angariar maior importância, de acordo com Ferraz Junior (1994, p.18):

O crescimento do estado social ou estado do bem estar social reverteu alguns dos postulados básicos do estado de direito, a começar da separação entre o Estado e a sociedade, que propiciava uma correspondente liberação das estruturas jurídicas das estruturas sociais. [...]

Os direitos sociais, produto típico do estado do bem estar social, [...], tem um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação.

E, é dentro desse contexto que importantes pesquisadores atribuem a origem história da judicialização ao Estado Social. Assim, Santos, Marques e Pedroso (1999, p.4-5) elucidam que:

[...] a juridicalização do bem-estar social abriu caminho para novos campos de litigação nos domínios laboral, civil, administrativo e da segurança social, o que, nuns países mais do que noutros, veio a se traduzir no aumento exponencial da procura judiciária e na conseqüente explosão da litigiosidade. [...]

Vianna et al (1999,p.20-21) ratificam, complementando que:

A primazia do Executivo em face do Legislativo seria constitutiva da operação do Estado Social, ao tempo em que faz do direito um dos seus principais recursos de comunicação, pondo sob a ameaça a repartição democrática entre os Poderes. O Estado Social, ao selecionar o tipo de política pública que vai constar de sua agenda, como também ao dar publicidade às suas decisões, vinculando as expectativas e os comportamentos dos grupos sociais beneficiados, traduz, continuamente, em normas jurídicas as suas decisões políticas. A linguagem e os procedimentos do direito, porque são dominantes nessa forma de Estado, mobilizam o Poder Judiciário para o exercício de um novo papel, única instância institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sua legalidade e aplicação, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia.

Cabe destacar que a crise do Estado Social trouxe grandes repercussões para a sociedade, final da década de setenta e no início dos anos oitenta do século passado, durante o qual o Estado passa a ter dificuldades em atender as demandas de financeira e social, configurando-se em nova forma de intervenção do Estado na sociedade: o Estado Liberal. O Estado neoliberal caracteriza-se de acordo com Campilongo (1994) pela tríade da desformalização, deslegalização e desregulamentação, o que aponta para o afastamento do Estado de questões de ordem social e econômica.

Do exposto, verifica-se que o fenômeno da judicialização ocorreu a partir da reestruturação do Estado no momento em que aparecem novos personagens sociais com suas novas demandas e que descobriu no Judiciário um terreno propício para a defesa e efetivação de seus direitos.

3. DADOS ESTATÍSTICOS DA JUDICIALIZAÇÃO NO BRASIL

A Constituição Federal vigente imprime no Brasil o perfil de nação democrática (Monica, 2016). O perfil democrático possibilita o desenvolvimento da judicialização. Segundo Vianna, Burgos e Salles (2007, p. 42):

[...] a Carta de 1988 expurgou os elementos autoritários presentes naquela tradição, afirmou os princípios e as instituições do liberalismo político, fixando com força os direitos civis da cidadania, concedeu configuração institucional à democracia política e instituiu mecanismos necessários a uma gestão pública mais eficiente. Por outro lado, não só conservou como ampliou consideravelmente a presença da representação funcional, recriando o Ministério Público, a quem incumbiu a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; consagrou o instituto das Ações Civis Públicas e o tema do acesso à Justiça; e sobretudo admitiu a sociedade civil organizada na comunidade dos intérpretes da Constituição.

O Artigo 5º da norma constitucional dá ênfase aos Direitos Fundamentais, dando a proteção ao cidadão contra arbitrariedades do poder público. Os direitos fundamentais, por força do artigo 60, §4, IV, integra o rol de cláusulas pétreas e, portanto, não podem ser suprimidos por meio de emenda constitucional, garantindo estabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Saddy (2015, p.230) elucida que “os interesses públicos são o norte, a razão de ser e o que a justifica e dá fundamento à atividade administrativa toda e qualquer interpretação quanto a seu âmbito alcance e finalidade, devem ter como fundamento os princípios e valores contidos na Constituição”. Guimarães (2011, p.19) defende que um sistema de controle de constitucionalidade assume papel relevante no processo de judicialização:

A existência de uma carta de direitos como fator de judicialização da política deve ser compreendida também em virtude da presença ou não e do tipo de controle de constitucionalidade adotado, afinal não basta apenas garantir certos direitos, é preciso analisar se os demais textos normativos estão em consonância com a constituição.

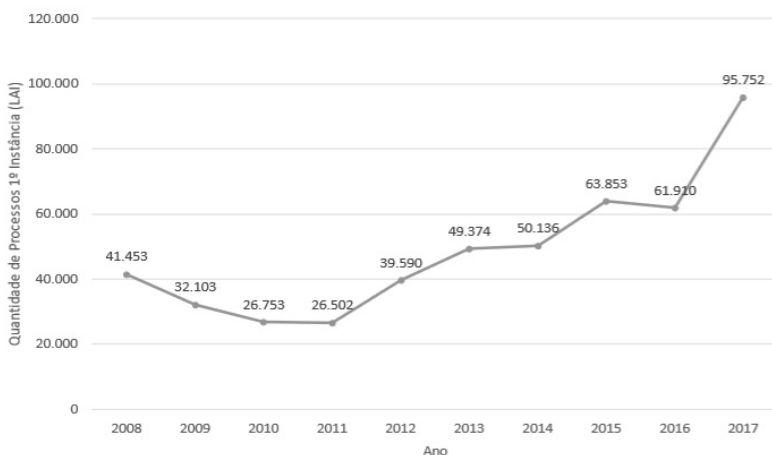
Isso posto, verifica-se que tais elementos são fundamentais para deflagrar a judicialização, quer sejam: a existência de uma carta constitucional com a previsão de direitos fundamentais e a previsão de um

sistema de constitucionalidade encarregado de permitir a confrontação de normas posteriores com a constituição brasileira. A seguir, dados estatísticos da judicialização no Brasil, colhidos dos relatórios do Conselho Nacional de Justiça (2019).

De acordo com o relatório de pesquisa realizado pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), intitulado de “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução”, o número total de processos judiciais cresceu 50% e destaca que entre 2008 e 2017, o número de demandas judiciais relativas à saúde registrou um aumento de 130%.

A Figura 1 apresenta a evolução do número de processos de saúde distribuídos por ano na Justiça de 1ª Instância, onde houve crescimento significativo a partir de 2016.

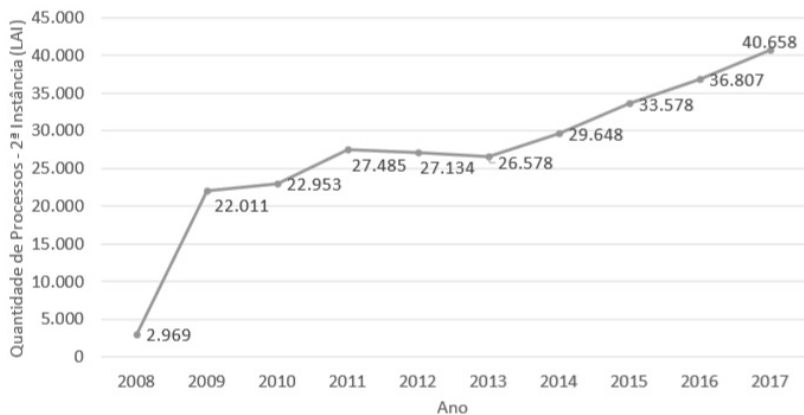
Figura 01: Evolução Número de Processos de Saúde Distribuídos por Ano (1ª Instância)



Fonte: CNJ (2019)

Analisando o número de processos de segunda instância, observamos que para o ano de 2008, conforme figura 2, foram informados apenas 2.969 processos, enquanto para os anos seguintes o número de processos passa de vinte mil. A partir do ano de 2013, tornou-se crescente os processos neste grau de jurisdição.

Figura 02: Evolução Número de Processos de Saúde Distribuídos por Ano (2ª Instância)



Fonte: CNS (2019).

Não se vê, proporcionalmente, a mesma diferença quanto ao número total de processos de 2008 para os anos seguintes. Conforme os relatórios Justiça em Números, em 2008 havia 3.066.526 processos tramitando em segunda instância, enquanto nos anos seguintes, esse número foi gradativamente aumentado, com 3.132.664 em 2009 e chegando a 4.373.418, em 2017. Tal crescimento é mais do que o dobro do observado no período para o total de processos: 40%, conforme dados da Justiça em Números.

A figura 3, a seguir, apresenta os principais assuntos discutidos nos processos em primeira instância, a saber: “Plano de Saúde”, “Seguro” e “Saúde”, seguidos de “Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos”. Nota-se, em particular, uma participação muito elevada dos assuntos “Plano de Saúde” e “Seguro”, mostrando a relevância da litigância judicial na esfera da saúde suplementar, assunto ainda pouco investigado na literatura sobre o tema. Cumpre esclarecer que, nos termos da nomenclatura utilizada pelo CNJ, os assuntos classificados como “Saúde” dizem respeito a disputas relativas à saúde pública e representam 11,782% dos casos.

Figura 03: Número de Processos de Saúde por Assunto 2008-2018



Fonte: CNJ (2019).

Figura 04: Principais Assuntos em Seis Tribunais (TJCE, TJMG, TJPE, TJRJ, TJSC, TJSP)

PRINCIPAIS ASSUNTOS	TJCE
Seguro	67%
Planos de Saúde	11%
Saúde	10%
Tratamento medico-hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos	4%
Fornecimento de medicamentos	3%

PRINCIPAIS ASSUNTOS	TJMG
Tratamento medico-hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos	21%
Planos de Saúde	16%
Fornecimento de medicamentos	15%
Seguro	14%
Saúde	8%

PRINCIPAIS ASSUNTOS	TJPE
Planos de Saúde	45%
Seguro	35%
Tratamento médico-hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos	14%
Saúde	3%
Serviços hospitalares	1%

PRINCIPAIS ASSUNTOS	TJRJ
Saúde	35%
Planos de Saúde	33%
Outros	20%
Seguro	10%
Serviços hospitalares	2%

PRINCIPAIS ASSUNTOS	TJSC
Fornecimento de medicamentos	28%
Não informado	28%
Seguro	26%
Tratamento médico-hospitalar e/ou Fornecimento de medicamentos	8%
Planos de Saúde	5%
Tratamento médico-hospitalar	3%

PRINCIPAIS ASSUNTOS	TJSP
Planos de Saúde	82%
Serviços hospitalares	7%
Saúde	7%
Seguro	4%

Fonte: CNJ (2019).

A Justiça Estadual de São Paulo é uma das principais responsáveis por esse grande número de processos no Brasil cujo assunto é indexado como “planos de saúde”, tendo distribuído 116.518 casos nessa categoria durante o período em análise. Ao analisar os tribunais (Figura 04) que informaram o assunto de seus processos (primeira, segunda ou nas duas instâncias), os seis tribunais com mais casos classificados são: TJCE, TJMG, TJPE, TJRJ, TJSC e TJSP.

Rio Grande do Norte e Pernambuco seguem São Paulo com “planos de saúde” sendo o principal tópico de demanda local. Assim como Santa Catarina e Tocantins enfrentam mais casos relativos ao “Fornecimento de medicamentos”. No Acre, Alagoas, Minas Gerais e Mato Grosso do Sul, por sua vez, predomina o assunto “tratamento médico-hospitalar e/ou Fornecimento de medicamentos”.

A seguir, as figuras 05 e 06 apresentam, em relação ao processo, as partes ativa e passiva, respectivamente.

Figura 05: Principais Partes Ativas (% do total)

PARTE ATIVA	% DO TOTAL
Outros	20,11%
Município	4,73%
Estado de/do	3,87%
Maritima saude seguros	2,35%
Ministério Público	2,22%
Aliança administradora de benefícios	2,17%
Allcare administradora de benefícios	2,03%
Tokio marine seguradora s/a	1,95%
Qualicorp administradora de benefícios	1,78%

Fonte: CNJ (2019).

Figura 06: Principais Partes Passivas (% do total)

PARTE PASSIVA	% DO TOTAL
Outros	10,99%
Município	4,64%
Seguradora Líder dos Consórcios	4,50%
Unimed	4,48%
Estado de/do	4,43%
Sul América	4,08%
Bradesco Saúde	2,90%
Amil Assistência Médica	2,37%
Fundação Municipal de Saude	1,49%
Companhia de Seguros Aliança do Brasil	1,28%

Fonte: CNJ (2019).

Por fim, apresenta-se uma síntese do quantitativo de decisões de primeira e de segunda instâncias, respectivamente, na Figura 07 e 08, discriminadas por tribunal e por ano.

Figura 07: Número de Processos Primeira Instância 2008-2017

TJ	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	TOTAL
TJAC	0	0	3	9	44	116	217	175	257	266	1.087
TJAL	2	441	1.197	1.103	1.929	1.169	640	1.623	2.935	2.871	13.910
TJCE	159	954	906	1.353	2.410	4.086	4.654	14.759	5.843	28.025	63.149
TJDF	0	0	1	3	10	26	44	136	585	2.663	3.468
TJES	3	3	8	9	10	31	24	31	46	67	232
TJMA	555	2.244	4.106	4.154	3.438	2.355	2.589	2.186	2.238	2.411	26.276
TJMG	36	376	627	762	1.159	1.836	1.998	2.268	3.625	5.546	18.233
TJMS	39	53	701	1.188	1.986	2.908	4.046	3.940	5.684	5.825	26.370
TJMT	452	2.006	2.362	1.995	2.262	2.151	2.677	1.508	1.495	1.123	18.031
TJPE	529	2.241	2.474	3.245	8.228	12.206	5.531	5.041	6.011	6.261	51.767
TJPI	0	7	7	7	12	23	40	67	41	61	265
TJRJ	36.908	18.390	3.954	23	15	41	115	182	122	173	59.923
TJRN	266	1.406	2.106	2.519	2.484	2.514	2.811	2.483	2.698	4.092	23.379
TJRO	0	0	180	226	579	1.231	308	455	3	0	2.982
TJSC	182	235	388	485	899	1.970	4.561	7.010	8.387	12.303	36.420
TJSP	2.317	3.746	7.729	9.379	14.022	16.531	19.627	21.518	21.356	23.465	139.690
TJTO	5	1	4	42	103	180	254	471	584	600	2.244
TOTAL	41.453	32.103	26.753	26.502	39.590	49.374	50.136	63.853	61.910	95.752	487.426

Fonte: CNJ (2019).

Figura 08: Número de Processos Segunda Instância 2008-2017

TJ	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	TOTAL
TJAC	1	0	12	45	17	45	140	70	112	207	649
TJAL	2	12	443	1.387	1.510	855	904	393	222	624	6.352
TJCE	488	5.172	4.322	5.749	4.535	3.405	2.678	3.709	4.791	5.092	39.941
TJES	0	1	2	6	54	184	155	157	194	188	941
TJMA	0	0	0	96	232	373	656	678	606	509	3.150
TJMG	647	2.439	3.235	4.265	6.537	6.445	7.404	8.612	9.453	10.397	59.434
TJMS	13	93	966	1.186	1.209	1.967	2.381	2.067	2.685	2.950	15.517
TJMT	198	2.207	2.813	2.555	0	0	0	0	146	558	8.477
TJPE	307	1.828	2.206	2.412	2.546	1.820	2.618	3.707	4.349	3.810	25.603
TJPI	0	1	0	20	5	35	62	41	70	88	322
TJRJ	1.293	9.139	7.780	8.873	9.434	10.326	11.423	11.840	10.454	12.517	93.079
TJRN	0	0	0	0	0	0	39	197	322	397	955
TJRO	15	38	73	52	76	44	14	26	27	25	390
TJSC	5	1.081	1.101	838	954	1.034	1.110	1.946	3.191	3.067	14.327
TJTO	0	0	0	1	25	45	64	135	185	229	684
TOTAL	2.969	22.011	22.953	27.485	27.134	26.578	29.648	33.578	36.807	40.658	269.821

Fonte: CNJ (2019).

O Insper (2019) destaca que a judicialização “não é necessariamente um problema” e segue justificando que se trata, no caso da saúde pública, de um direito previsto na Constituição, e demandá-lo dos juízes pode fazer com que o sistema funcione com mais eficiência e equidade”. Já Leal e Maas (2019, p.52) defendem que na atualidade existe o “reconhecimento do problema da judicialização do direito à saúde, problema esse de importância teórica e prática”. As autoras justificam argumentando que trata-se de um problema “pois não envolve apenas os operadores do Direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área da saúde e a sociedade civil” (Op. cit, 2019, p.52).

O panorama apresentado pelo Insper ao CNJ aponta que as demandas levantadas pela saúde privada podem impactar positivamente no cenário da judicialização, uma vez que, corrobora “para que os contratos entre operadoras e seus clientes sejam cumpridos e respeitem as regras específicas” (INSPER, 2019). Por outro lado, tais demandas podem acarretar gastos extras ao estado quando aquilo que é solicitado não estão discriminados nos contratos com os planos de saúde. “Esse debate envolve a disputa pela alocação de recursos na sociedade. A União, por exemplo, teve de retirar R\$ 1,3 bilhões em 2016 de outros programas para pagar a conta da judicialização” (Op. cit, 2019).

É nessa linha de raciocínio que Leal e Maas (2019, p.52) entendem a judicialização como um problema: “as decisões judiciais transformam-se em um confronto entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que possuem a tarefa de garantir as prestações de direitos sociais de diversas maneiras” e, nesse diapasão, é notória a existência de contraste entre orçamento governamental e as políticas públicas.

4. CONCLUSÃO

Do exposto, verifica-se que o fenômeno da judicialização ocorreu a partir da reestruturação do Estado no momento em que aparecem novos personagens sociais com suas novas demandas e que descobriu no Judiciário um terreno propício para a defesa e efetivação de seus direitos. Outro ponto a se destacar é que não há consenso entre os pesquisadores acerca do surgimento histórico da judicialização da saúde.

Quanto às estatísticas atuais desse importante fenômeno no Brasil, os relatórios do Conselho Nacional de Justiça e demais documentos analisados apontam que demandas judiciais inerentes à saúde crescem 130% em dez anos. Destaca-se ainda que, o setor de saúde foi responsável por 498.715 processos de primeira instância distribuídos em 17 tribunais de justiça estaduais, e 277.411 processos de segunda instância, distribuídos entre 15 tribunais de justiça estaduais. Os números refletem no orçamento do Ministério da Saúde, que registrou um crescimento, em sete anos, de aproximadamente 13 vezes nos gastos com demandas judiciais, alcançando R\$ 1,6 bilhão em 2016.

Os documentos analisados apontam que a judicialização da saúde tornou-se relevante não apenas para o sistema de assistência à saúde, mas para o próprio Judiciário, que tem que lidar com centenas de milhares de processos, vários dos quais sobre temas recorrentes e quase sempre contendo pedidos de antecipação de tutela ou liminares.

Por fim, pode-se inferir que a judicialização é características de países democráticos e representa uma conquista do cidadão que, passa a ter a seu dispor instrumentos que permitem, ainda mais, a efetivação de direitos previamente reconhecidos. Contudo, cabe o alerta de que

a crescente intervenção do Judiciário em terrenos até então fora do seu âmbito de competência, pode abalar a própria estrutura do Estado Democrático de Direito, no qual, ele está inserido.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, vol.5, n.1, p.23-32, jan./jun. 2012,

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensões de Tutela Antecipada nºs 175, 211 e 278**; Suspensões de Segurança nºs 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; Suspensão de Liminar nº 47. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília/DF, 16 de março de 2010. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 02 dez. 2019.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Judiciário e a democracia no Brasil. **Revista USP**, São Paulo, v. 3, n. 21, p. 116-125, jun. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Relatório analítico Propositivo**. Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas, e propostas de solução. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/66361404dd-5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf> Acesso em: 30 jun. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Relatório Justiça em números**. Elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488> Acesso em: 30 jun. 2019.

COUTO, Mônica Bonetti. O JUDICIÁRIO NA TRINCHEIRA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: uma proposta de reanálise do problema da judicialização das políticas públicas à luz das teorias do substancialismo e do procedimentalismo. **Direito Público**, [S.l.], v. 13, n.1, p.182-200, dez. 2016.

FALBO, Ricardo Nery. Breve reflexão sobre o problema do trabalho de campo em Bronislaw Malinowski e Claude Levi-Strauss. In: MIRANDA NETTO, Fernando Gama de (Org.) Epistemologia & Metodologia do direito. Campinas: Millennium, 2011. p.03-32.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência. **Revista USP**, São Paulo, v4, n. 21, p. 13-21, Jun. 1994.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 2008.

GUIMARAES, Lucas Zandona. **A judicialização da política a partir do Supremo Tribunal Federal: Súmula Vinculante nº 13 e Mandado de Injunção**. 2011. 130f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Belo Horizonte. 2011

HELDER, Raimundo. **Como fazer análise documental**. Porto: Universidade de Algarve, 2006.

INSPER. Judicialização da saúde dispara e já custa R\$ 1,3 bi à União. **Disponível em: <https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/judicializacao-da-saude-dispara-e-ja-custa-r-13-bi-a-uniao/>. Acesso em: 02 dez. 2019.**

LAMARÃO NETO, Homero. **Judicialização da Saúde: o indivíduo e a sociedade de cooperação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MAAS, Rosana Helena; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A Decisão da Saúde pelo Supremo Tribunal Federal: uma Análise dos Parâmetros para Judicialização da Saúde. **RDU**, Porto Alegre, v.15, n. 82, p.50-70, jul./ago. 2018.

- MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, São Paulo, v.2, n.57, p. 113-133, jun.2002.
- MONICA, Eder Fernandes. **Entre direitos fundamentais e democracia**: superando a dicotomia no direito brasileiro. Niterói : EDUFF, 2016.
- PINTO, Marcio Morena. JusBrasil. Os tipos de pesquisa científica no Direito: a pesquisa quanto aos seus procedimentos. Disponível em: <https://marciomorena.jusbrasil.com.br/artigos/143212679/os-tipos-de-pesquisa-cientifica-no-direito-a-pesquisa-quanto-aos-seus-procedimentos?ref=feed>. Acesso em: 30 jun. 2019.
- SADDY, André. **Neoconstitucionalismo e as transformações da concepção de interesses públicos, Multideia, 2015**. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/0B-FH0w_uCEMiWE-FqZWNkSUZTUUU/view. Acesso em: 30 jun. 2019.
- SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. **Da Liberdade ao Controle**: os riscos do Novo Direito Civil Brasileiro. Belo Horizonte: Puc Minas Virtual, 2009.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- VIANNA, Luiz Werneck (organizador). **A Democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2003.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan 1999.
- VIANNA; Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo Social, revista de sociologia da USP**, São Paulo, v. 19, n.2, p. 39-85, Nov. 2007.

WEBER, Max et al. **Sociologia da Burocracia**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1966.

ZAULI, Eduardo Meira. Judicialização da política, poder judiciário e comissões parlamentares de inquérito no Brasil. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 19, n.40, p. 195-209, jun. 2011.

FENOMENOLOGIA: CONTRIBUIÇÕES CONTEMPORÂNEAS AO DIREITO POR MEIO DO CONVITE HUSSERLIANO À ATITUDE TRANSCENDENTAL

Lucas Sarmiento Pimenta

INTRODUÇÃO

A fenomenologia tem Edmund Husserl como seu fundador, que não tinha formação em filosofia, mas sim em matemática. Husserl apresenta o tema, pela primeira vez, no livro “Investigações Lógicas” - publicado em 1900 e em 1901 -, como uma filosofia anti-psicologismo, isto é, o psicologismo de Franz Brentano - professor de Husserl -, que é a forma de entender que todo fenômeno, tudo que existe, tem origem psicológica (SOKOLOWSKI, 2004, p. 11).

O paradigma inaugurado pela fenomenologia, isto é, a mudança de raciocínio a qual ela convida, depende de um esforço; não é um trabalho apenas de erudição, de leitura e de apropriação do conteúdo, mas implica, também, mudança de atitude - e querer esta mudança também; é necessário se esforçar em direção a este novo entendimento.

Este artigo tem como objetivo apresentar o olhar diferenciado e pouco conhecido que a fenomenologia husserliana apresenta a todos aqueles que se dispõe a estudá-la com dedicação e mostrar as influên-

cias que ela já trouxe em várias áreas do saber, como o Direito e a Psicologia. Mais que isso, buscou-se traduzir em palavras simples as bases da fenomenologia, no intuito de tornar o conhecimento inicial deste vasto campo filosófico o mais acessível, principalmente àqueles sem formação em Filosofia. Não há – e não seria sábio pensar de outra maneira –, assim, nenhuma pretensão de se expor por completo o método fenomenológico, tampouco de se esgotar as discussões e debates, muitas vezes deixados de lado neste trabalho por fugirem do propósito primeiro.

A discussão se faz relevante por duas razões: a primeira, porque não se está diante de uma corrente filosófica comum, já que a fenomenologia se propõe a uma mudança de cosmovisão e, portanto, é capaz de alterar a maneira como o indivíduo se comporta em sociedade; e a segunda, porque, haja vista a dificuldade de compreensão desta filosofia, poucos trabalhos têm sido elaborados a esse respeito com uma linguagem de fácil acesso, o que, por si só, já justifica a urgência deste artigo.

O método utilizado nesta pesquisa foi o dialético, com abordagem qualitativa. Realizou-se pesquisa descritiva e exploratória, com procedimento bibliográfico, com enfoque maior no livro “Introdução à Fenomenologia” de Robert Sokolowski.

Nos próximos itens, pretende-se, de início, apresentar a intencionalidade como ensinamento base da fenomenologia, para posteriormente tratar especificamente das três formas estruturais fenomenológicas. O terceiro item, por sua vez, será dedicado à explicação do que vem a ser uma atitude transcendental. Por fim, serão expostos avanços e transformações já alcançados pela fenomenologia nas áreas do Direito, principalmente, e, também, da Psicologia.

1 UMA ANÁLISE INTENCIONAL

A “intenção”, termo utilizado na fenomenologia para designar a relação de consciência com um objeto, é a base dessa tradição filosófica. Não há, assim, como evitar a compreensão de intencionalidade, já que esta é o núcleo da fenomenologia.

Husserl (1975, p. 50) diz que não existe consciência autônoma, nos moldes cartesianos, hobbesianos e lockianos, em que a consciência

é uma ilusão resultante de impressões que o ser humano tem e a mente fica isolada do mundo lá fora. Não. A consciência, ao contrário, é sempre relacional, é “de algo”, como um retrato, uma recordação ou um símbolo. A fenomenologia está no mundo real, ou seja, toda consciência tem uma intenção.

Toda consciência é “consciência de”, é uma consciência intencional/transcendental. Como exemplo, pode-se imaginar a namorada que, desconfiada, pergunta ao seu parceiro o que ele está olhando e este logo responde que “nada”. Esta, certamente, é a resposta de alguém que não quer contar a verdade, já que todo olhar é o olhar alguma coisa, não existe olhar nada. O mesmo pode ser percebido, quando o filho, curioso, pergunta ao pai sobre o que ele está pensando e este, rapidamente, responde: “em nada”. Ora, quem pensa, pensa alguma coisa, não existe pensamento vazio, ou seja, só existe um pensar, portanto, uma consciência, se for um pensar em algo, se for uma consciência de algo.

O fenômeno aparece, porque tem um fundamento; a manifestação não ocorre em si mesma. Esse fundamento são os próprios seres humanos, quer dizer, o fenômeno surge no a priori da correlação. Com efeito, o fenômeno se manifesta para os seres humanos. Para ilustrar, imagine-se uma senhora em passeio com o seu cachorro, que desvia de uma árvore e o cachorro a acompanha. Pode-se dizer que ambos desviaram, mas não há certeza de que os dois desviaram de árvore, pois não se sabe se o objeto árvore é fenômeno também para o animal. Neste aspecto, a fenomenologia é uma analítica intencional, porque analisa a consciência.

A fenomenologia reconhece a realidade dos fenômenos (objeto, retrato e símbolo são modos como as coisas podem ser - o modo faz parte do ser das coisas - e elas são como aparecem). Nesta corrente filosófica, a mente apresenta os fatos que existem por si sós, não são apenas ideias em nossas mentes, mas, de fato, existem, estão manifestas. Já na visão cartesiana, os modos estão só na mente, são meras aparências (SOKOLOWSKI, 2004, p. 22-23).

Observa-se que a doutrina da intencionalidade rompe com o pensamento cartesiano. A consciência deixa de ser uma parte do mundo e passa a ser o local onde o mundo se desdobra. Nesse sentido, o que esta

filosofia transcendental propõe é que o mundo é definido pela ótica da consciência do sujeito e, portanto, nega que exista outro mundo senão o mundo para o sujeito.

2 AS FORMAS ESTRUTURAIS FENOMENOLÓGICAS

Existem três formas estruturais, tratadas por Sokolowski (2004, p. 31-49), que aparecem quando se faz uma análise fenomenológica. São elas: a) partes e todos; b) identidade em multiplicidades; e c) presença e ausência. Nas próximas linhas, estas estruturas serão analisadas separadamente.

Com relação à primeira forma estrutural, “partes e todos”, Sokolowski (2004, p. 31-36) ensina que totalidades são compostas de dois tipos de partes: pedaços e momentos. Cada parte carrega uma característica definidora e traz consigo, também, todas as consequências de sua definição.

Os pedaços, por exemplo, são chamados de partes independentes, pois, quando retirados de seus todos, continuam a existir. É o que ocorre com a tampa da caneta que, ao ser retirada do todo, isto é, da caneta, permanece sendo uma tampa. Com efeito, os pedaços são partes que se caracterizam pela sua independência, diga-se, por sua possibilidade de vir a ser um todo quando do desmembramento do seu todo original.

Já no que tange aos momentos, a questão é contrária. Apesar de também serem partes de todos, são completamente dependentes destes. É o caso do sabor, que só pode existir se houver a língua. Isto é, não há sabor sem língua para o sentir. Nesta esteira, os momentos são partes dependentes e que jamais podem se tornar um todo.

A segunda estrutura, por sua vez, “identidade em multiplicidades” (SOKOLOWSKI, 2004, p. 36-42), lida com as diversas formas que uma coisa ou que um fato pode ser manifestado. Ou melhor, trata de como algo já conhecido pode ser manifestado de maneira diferente, guardando a sua identidade.

É pensar, a título de ilustração, no evento da morte de Jesus, narrado pelo evangelista Lucas (A BÍBLIA, 2009, p. 1.123) e que teve dezenas de diferentes manifestações, vez que foi experienciado de maneiras distintas. Para citar apenas algumas: sua mãe sentiu dores ma-

ternas; seus apóstolos choravam pela perda de um mestre; e os ladrões, por sua vez, também crucificados, tiveram experiências contrastantes, um levado ao arrependimento e o outro à ira e ao desdém. Ou seja, o mesmo fato, a mesma identidade, sendo experienciada de modos completamente diversos. Assim, diante dessa segunda estrutura, a análise fenomenológica consiste em dizer a multiplicidade de intencionalidades adequada à determinada identidade.

A terceira e última estrutura, “presença e ausência” (SOKOLOWSKI, 2004, p. 42-49), é original da fenomenologia, sendo inaugurada por Husserl em “Investigações Lógicas”. Devido ao seu ineditismo e à sua importância dentro da análise fenomenológica, será dada maior atenção e destaque.

Quando o fenômeno se mostra, mostra-se em sua totalidade. A vivência é dada numa correlação entre todo e parte. Quando uma moça se encanta pela capa de um livro de romance na estante da biblioteca não percebe, a priori, o objeto como um todo. Há, nesse momento, a presença da capa do livro somente, mas acompanhada por várias ausências – verso e conteúdo do livro –, que se manifestam, isto é, são ausências identificáveis, são fenômenos. Desta forma, ao pegar o livro e virá-lo para ler o verso, a moça não se assusta ao perceber que há comentários a respeito do livro ali, pois estes já se manifestavam em forma de ausência, não uma ausência oculta, mas que se pode identificar.

Além disso, é importante notar que presença e ausência são manifestações objetivas ligadas a intenções cheias e a intenções vazias. Uma intenção cheia é aquela que intenciona algo presente fisicamente, enquanto a vazia tem um alvo que não se faz presente, que está ausente. Diante de tamanha abstração, cabe um exemplo.

Imagine-se um jovem que, animado com a sua viagem à Itália, que se dará em dois meses, começa a imaginar como é a escultura “Davi” de Michelangelo – o processo aqui é de antecipação de algo ainda ausente, presentes apenas intenções vazias. Quando, finalmente, chega à Galeria da Academia de Artes de Florença e o jovem olha “Davi”, todas aquelas intenções, antes vazias, tornam-se, gradualmente, cheias, ao passo da observação de cada mínimo detalhe.

Esse processo em que intuições vazias transformam-se, gradativamente, em intuições cheias, leva o nome, na fenomenologia, de intui-

ção. Em outras palavras, intuição é o percurso de informações que vão sendo juntadas até que o fenômeno aparece no mundo, a imagem real, e não mais as aparências; no linguajar sokolowskiano (2004, p. 43), é ter uma coisa presente em oposição a tê-la em ausência.

Nota-se que, quanto mais vivências a pessoa tem, mais o fenômeno é preenchido. É como um garoto que, em passeio no shopping, cruza rapidamente com uma mulher e a identifica como sua professora. Porém, ao voltar para cumprimentá-la e, agora, a olha nos olhos, tendo uma outra vivência, percebe que se trata de uma outra senhora, que não a sua professora. Sendo assim, para garantir o conhecimento – vez que já havia conhecimento após ter olhado a senhora de relance, só não era garantido –, é preciso “voltar às coisas mesmas” (HUSSERL, 1975, p. 218). As coisas, aqui, não são materiais, senão seria positivismo, voltar aos fatos, mas são, em verdade, os fenômenos.

As ausências, para serem preenchidas, precisam ser transformadas em presença; é preciso um novo ato ou uma nova vivência. O todo não se manifesta como uma soma das partes, ele é algo maior e diferente deste cálculo. O todo e as partes se manifestam por ausências e presenças. Assim, quando o livro se manifesta, o esquema todo se dá: frente, verso, introdução etc., mas é pela percepção, quer dizer, por novas vivências – começar a folheá-lo, por exemplo –, é que se vai preenchendo aquilo que já estava manifesto em ausência e que, agora, torna-se presente, passando-se da vivência da mera imaginação à vivência da percepção.

A percepção ocorre com a presença. Todavia, esta presença também se revela na ausência. Não é só a presença física, “carne e osso”, que importa. Algo pode estar presente por meio de representação. O fenômeno é como uma cebola, que é formada por várias camadas; é a união dessas camadas que a constitui como cebola. Sendo assim, o aspecto material do fenômeno é apenas uma de suas camadas.

Para a correta compreensão, pode-se pensar na água. Os cientistas dizem que a origem da água é o hidrogênio e o oxigênio. Contudo, para o fenomenólogo, esta é apenas a origem física da água, já que se percebe a água muito antes de se conhecer a sua origem material. O conhecimento, nesse diapasão, não está na origem física, sendo esta uma das muitas formas de conhecimento, quer dizer, tão somente uma das camadas da cebola.

3 A ATITUDE TRANSCENDENTAL

Fenômeno é tudo aquilo que se mostra e, em verdade, tudo se mostra. Fenomenologia é, nesse sentido, o estudo, a análise, a reflexão daquilo que se mostra; é a ciência do fenômeno. É ciência, porque Husserl quis construir uma ciência que não fosse a ciência positivista, a ciência moderna. Para tanto, Husserl recupera o conceito de ciência da antiguidade - em Aristóteles, por exemplo -, que é um saber rigoroso (SOKOLOWSKI, 2004, p. 12). A fenomenologia é, assim, uma filosofia de razão forte, porque se preocupa com o conhecimento.

A análise entre sujeito e objeto encontra seu fim na fenomenologia. Entra, como substituto, o binômio noema/noésis. O noema não é o objeto só em seu estado físico, como matéria, mas é, ao revés, o que foi pensado, é o som etc., algo muito maior. Noésis, por seu turno, é o ato de doar sentido, isto é, o ato de pensar, é o ouvir etc. Na frase: “eu olho a árvore”, a árvore é o fenômeno; o noema é a árvore olhada; o ato de olhar é o noésis; e o “eu” é quem organiza o ato de olhar, é a síntese do ato (SOKOLOWSKI, 2004, p. 68-70).

Tem-se que a fenomenologia é a composição de realidade e de idealidade. Não é o psiquismo, mas também não é só o logicismo oferecido pela ciência positivista. Nesse aspecto, há uma busca pelo equilíbrio de características distintas dos dois campos, no intuito de formar uma filosofia de ciência rigorosa.

Ademais, é uma filosofia que propõe uma atitude de ir ao fenômeno mesmo e de suspender – ou seja, de realizar a *epoché* - a atitude natural e, em seu lugar, adotar a atitude transcendental, a atitude fenomenológica; é a ação de separar tudo o que se ouviu ou leu sobre as coisas, em um movimento de desconsideração. Esta retirada, exclusão, também tida como “pôr entre parênteses”, pôr de lado, suspender, é feita no intuito de se chegar ao fenômeno puro, ou seja, na essência, no universal, naquilo que não varia. Esse processo é chamado de redução fenomenológica ou redução eidética, que, muitas vezes, resulta em uma ampliação da análise do fenômeno, porque mostra a coisa mesma (SOKOLOWSKI, 2004, p. 67).

O próprio Husserl (2001, p. 38) nos coloca diante desta perspectiva nas suas “Meditações cartesianas”: “pode-se dizer assim que a epo-

ché é o método universal e radical pelo qual me percebo como eu puro, com a vida de consciência pura que me é própria, vida na qual e pela qual todo o mundo objetivo existe para mim, exatamente da forma como existe para mim.”

Ora, este eu puro husserliano não é um eu psicofísico, que representa o mundo em sua consciência. Ao contrário, é por sua própria consciência que o mundo é dado, é a sua consciência que constrói o mundo. O eu puro percebe que dá sentido ao mundo (noésis), ou seja, é consciente do perceber de sua percepção; é um eu que observa a si mesmo.

A esse respeito, Husserl (2006, p. 80-81) assim se pronuncia: “[...] não nego este ‘mundo’, como se eu fosse um sofista, não duvido de sua existência, como se fosse cético, mas efetuo a Epoché ‘fenomenológica’, que me impede totalmente de fazer qualquer juízo sobre existência espaço-temporal”. Assim, é atitude que requer reter apenas o fenômeno, no exercício de colocar entre colchetes, de, no vocabulário husserliano, “tirar de circuito”.

Mas, como se faz essa redução? Ela só é possível por meio da imaginação. A título de exemplo – somente por amor à didática e sem a pretensão de fazer uma redução completa –, imagine-se que se quer compreender um carro. Se o carro for virado, em um exercício imaginativo, de ponta-cabeça, deixará de ser carro? Evidentemente que não. Então, posição é algo que pode ser suspenso, deixado de lado, ou melhor, colocado entre parênteses. Pode-se suspender, ainda, o fator tamanho, já que tanto um fusca quanto uma *pick-up* são carros. O mesmo será feito com o fator cor. Contudo, se uma roda for retirada, não se tem mais um carro, mas sim um triciclo, que é, por sua vez, um outro fenômeno. Com efeito, têm-se que o fator roda não pode ser retirado e chega-se, portanto, por meio desta redução eidética, à essência do fenômeno carro.

Ressalte-se, outrossim, que a fenomenologia não é uma mera filosofia, mas um método. O método fenomenológico é justamente o método científico, no sentido de ciência como saber rigoroso e sistemático, que busca evidências; não é uma mera interpretação. Não é ciência exata e objetiva, mas sim uma ciência de rigor.

Exatamente por ser um método é que a fenomenologia subsiste até os dias atuais, se não de maneira tão evidente, pelo menos como sub-

solo de muitos pensamentos, como o estruturalismo e o pensamento foucaultiano, onde há uma radicalização da fenomenologia. Não que estes sejam pensamentos puramente fenomenológicos, mas é inegável que a fenomenologia tenha sido um marco, a fim de que essas filosofias pudessem surgir.

O método científico tradicional/positivista é, segundo Husserl (MARTINS, 2006, p. 18), um método valioso, competente e rigoroso para a ciência objetiva. Mas, como exemplo, para falar da água enquanto vivência, ou seja, aquilo que é registrado pelo ser humano do que é a água, não seria sábio usar essa ciência, pois o resultado seria meramente a sua origem física, em uma redução ineficaz. A verdade é que a água se manifesta para o ser humano de maneira fenomênica, quer dizer, na sua totalidade, não só com seus aspectos físicos, mas com todos os seus sentidos, todas as suas camadas, fazendo, aqui, mais uma vez, uma comparação com a cebola.

A preocupação do fenomenólogo não é investigar a origem física da água - este é o objetivo da ciência -, que é apenas um dos sentidos da água. Quando a água se manifesta, ela não se mostra apenas em seu sentido físico. Ao tomar banho, por exemplo, pode-se sentir frio com a água assim que se abre o registro do chuveiro. Esse frio, por sua vez, pode levar o corpo a tremer. Nessa cadência, resta claro que muitos são os sentidos manifestos, que vão muito além da composição científica positivista da água.

Em suma, consoante a sabedoria husserliana (1990, p. 46), a fenomenologia é “[...] uma ciência, uma conexão de disciplinas científicas; mas, ao mesmo tempo e acima de tudo, ‘fenomenologia’ designa um método e uma atitude intelectual; a atitude intelectual especificamente filosófica, o método especificamente filosófico”.

4 AVANÇOS E TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO E NA PSICOLOGIA

Uma das facetas que a fenomenologia husserliana estuda a consciência é entender esta como uma unidade de vivências (HUSSERL, 1975, p. 378). Vários atos conscientes acontecem ao mesmo tempo e estão todos em unidade, formando uma totalidade. Por exemplo,

quando se fala, também, ao mesmo tempo, pensa-se naquilo que será falado. Deste modo, a fenomenologia é interessante, porque mostra a necessidade de se analisar cada consciência e suas características próprias - percepção é diferente de imaginação, que é diferente de fantasiar - ao mesmo tempo que revela que todas podem estar juntas, o que é de extrema relevância, principalmente no estudo da psicologia.

Como consequência deste exercício mental diferenciado, é possível obter informações e visões antes ocultas. A fim de auxiliar no correto entendimento, passa-se à rápida explanação a respeito de duas diferentes consciências: imaginação e fantasia.

Na imaginação, há a liberdade de criação - como imaginar um prato com olhos, por exemplo -, mas não há a deformação do sentido de prato e nem do sentido de olho. Já na fantasia, há a deformação do sentido, este não permanece. Um exemplo de fantasia é a alucinação. Veja, quando se imagina o prato com olhos, sabe-se que não é real, identifica-se que é uma imaginação, ao contrário do que ocorre na alucinação, que se impõe à realidade (SOKOLOWSKI, 2004, p. 80-83).

No intuito de ajudar a compreensão, vale-se do caso do rapaz que, doente de ciúmes, divide com seu colega de trabalho sua desconfiança de que sua mulher o está traindo, já que pensa tê-la visto na rua aos beijos com outro homem e que, por isso, montará uma armadilha para conseguir um flagrante. Ocorre que, como se trata de alucinação, a cena da traição na mente do protagonista é fruto de sua imaginação; não uma imaginação qualquer como a anteriormente analisada, mas sim uma imaginação imbuída de intencionalidades, com a crença de que aquilo é real.

Observa-se que, não raro, uma vivência tem a necessidade de estar interligada a outra. Tome-se, como exemplo, o ato de imaginar um carro com asas. Ora, para que seja possível o acesso à esta vivência de imaginação, é necessário, antes, passar pela vivência da lembrança do que é um carro e do que é uma asa. Assim, vivências de memória são condição *sine qua non*, para que existam vivências imaginativas.

Por outro lado, a vivência de memória, isto é, o lembrar, também tem sua condição de existência, qual seja a vivência de tempo. Mas, para lembrar, quer dizer que algo foi retido; passou-se, então, pela vivência da retenção. E, ainda, algo só pode ser retido no tempo, se houver, primeiro, a vivência do perceber; por isso, a fenomenologia

começa na percepção, é o ponto inicial, segundo Husserl (2006, p. 67-69). Todas as vivências, por conseguinte, organizam-se a partir da vivência da percepção.

Após esta rápida análise, percebe-se alguns preciosos ganhos. Nestes exemplos acima expostos, em específico, ganhos claros ao campo psicológico. O profissional psicólogo, dessa forma, poderá, no uso do método fenomenológico, atingir um melhor entendimento do seu paciente e tratá-lo da maneira mais adequada, haja vista que a fenomenologia permite pensar a multiplicidade do outro.

É exatamente por isso que a fenomenologia se torna difícil para o jurista, pois este procura inserir as pessoas em caixas identitárias, dizer, por exemplo, quem é capaz e quem é incapaz. A fenomenologia, ao contrário, é descritiva, isto é, não taxativa; é uma filosofia de movimento, que põe entre parênteses.

Na fenomenologia, os conceitos não são dados; ao revés, estão em constante formação; não é necessário o controle arguido pelo Direito, os conceitos vão se construindo ao passar do tempo. O humano não constrói o modo de existir, é o modo de existir, o modo de ser, o modo de fazer e de viver, que constrói o ser humano.

Da mesma maneira que a fenomenologia fez árduas críticas ao positivismo científico, também o fez em relação ao positivismo jurídico. Ela proporcionou uma mudança de pensamento, de modo que o indivíduo deixa de ser o objeto do Direito e passa a ser o seu fundamento. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009) é um marco desse pensamento, já que traz direitos inerentes a todo e qualquer ser humano, numa demonstração de que mais importa a pessoa em si, de onde exalam os direitos humanos, do que as leis propriamente ditas, que servem apenas para positivizar direitos já existentes.

Como aponta Bussinguer (2012, p. 66-67): “Tendo cristalizado uma forma de ser fundamentalmente normativista e positivista, o Direito deixou de olhar o mundo da vida e dos homens para os quais existe, que lhe dão sentido e que, portanto, devem estar no centro de suas atenções e destinatários maiores de sua prática”.

Nesse contexto, a fenomenologia tem influenciado a crítica ao positivismo jurídico na medida em que busca recolocar a questão do fun-

damento da ordem jurídica dentro de um contexto maior, e não apenas no procedimento estatal (GUIMARÃES, 2007, p. 59). Percebe-se, neste sentido, que a preocupação de Husserl de ir à essência, de voltar às coisas mesmas, contribuiu para que a ciência jurídica ampliasse o seu objeto de estudo para a análise de valores e princípios.

Adolph Reinach (1934, p. 35), aluno de Husserl, foi um grande defensor da introdução do pensamento fenomenológico no Direito. Atuou contra o positivismo e, por meio da filosofia ensinada por Husserl, buscou incessantemente aquilo que chamou de Direito apriorístico, ou seja, as leis e os conceitos jurídicos existentes a priori.

Segundo os defensores da Fenomenologia Jurídica, ou Fenomenologia do Direito, o Direito Positivo não construiu os conceitos jurídicos, mas apenas os revelou. Nesse sentido, a ideia é que os conceitos jurídicos não foram criados pelo Direito Positivo, mas sim encontrados por ele.

Há a defesa, por parte de Reinach, de que os conceitos jurídicos que possuem um ser próprio. Seu maior objetivo era alcançar a essência do Direito, sem as interferências feitas pelo Direito Positivo, eivado de influências culturais e temporais. Desse modo, era necessário ir a procura da ciência pura do Direito.

É preciso fazer uma ressalva. O objetivo de Hans Kelsen (1996, p. XI), por óbvio, não foi o mesmo que, mais tarde, seria desenvolvido por Reinach. Na verdade, apesar da semelhança dos termos, o resultado de uma foi completamente oposto ao da outra. Explique-se.

A luta de Kelsen foi sim no sentido de desenvolver uma ciência pura do direito. Contudo, diferente da fenomenologia jurídica, o foco, aqui, é destituir o Direito de qualquer elemento que não seja jurídico, isto é, purificá-lo de tudo que tenha caráter político, ideológico, moral e de todos os elementos da ciência natural. Portanto, Kelsen inaugurou uma teoria pura do Direito Positivo, sem qualquer relação com a metafísica.

Ora, Reinach, em sua profunda admiração pela fenomenologia husserliana, desenvolve a teoria do Direito a priori. Assim, o filósofo ressalta verdades anteriores ao Direito positivado, verdades a priori, alterando-se completamente o foco deste novo tipo de ciência pura do Direito.

São muitas as influências sentidas no cenário jurídico atual brasileiro de ideias da fenomenologia jurídica que foram plantadas no século passado. A maneira como os doutrinadores, a jurisprudência e as leis em si lidam com os princípios faz prova dessa assertiva. A Constituição Cidadã, em sua geometria, revela a todos a importância maior dada aos princípios, que devem governar e guiar todo o Direito, princípios estes existentes muito antes do Direito positivado.

O Direito Positivo é feito, basicamente, para trazer segurança às relações sociais. Por isso, não há tanto o interesse de lidar com as particularidades de cada indivíduo, tampouco o cuidado de se perguntar como cada um analisa e percebe cada situação. Por muito tempo, e ainda assim funciona na maior parte das vezes, legisla-se pensando na maioria da população, sem se gastar muito esforço com as particularidades, as exceções, as minorias.

Exemplo disso está estampado no Código Civil de 1916, que tratava os deficientes mentais e intelectuais como “loucos de todo o gênero”, classificando-os como absolutamente incapazes. O mesmo diploma, por meio da interdição, não os permitia praticar os atos da vida civil. Percebe-se, assim, a frieza do legislador ao tratar do tema, sem pensar tanto nas particularidades desses indivíduos, pondo-os em uma categoria separada, a fim de simplesmente resolver os problemas.

Ocorre que, o Direito, hoje, não se comporta mais como aquele de 1916. Variadas teorias o influenciaram e modificaram a maneira de se positivar as leis, entre elas a fenomenologia. Para esta filosofia, a realidade individual, diga-se, a forma de cada um perceber o mundo, carrega grande importância. Com isso, é possível perceber toques fenomenológicos no tratamento dirigido às pessoas com deficiência.

O Código Civil de 2002 passou a chamar os personagens em discussão de “deficientes mentais”, o que já demonstrava uma mudança de visão acerca desses cidadãos. Todavia, permaneceram considerados absolutamente incapazes. Em 2015, por meio da Lei 13.146, o Estatuto da Pessoa com Deficiência deu nova redação ao art. 3º do Código Civil de 2002, retirando as pessoas com deficiência da categoria de absolutamente incapazes. Fica claro, dessa forma, que esta mudança veio para abraçar novos pontos de vista, neste caso, os das pessoas com deficiência.

Tais modificações, entretanto, não estão alheias a críticas. Não seria honesto argumentar no sentido de que o legislador de 1916 não tinha razão alguma de classificar os deficientes mentais como incapazes. De fato, permiti-los praticar todo e qualquer ato civil pode gerar graves danos às suas próprias vidas e, também, às de suas famílias.

Não é o intuito maior deste artigo discutir a viabilidade da alteração do tratamento jurídico a esses cidadãos. Porém, o leitor pode rapidamente pensar no ato do casamento e em todos os direitos e deveres derivados desse evento. Feito isso, é natural a conclusão de que, sem dúvidas, a mudança gerou alguns benefícios - possibilidade de uma pessoa com Síndrome de Down se casar, por exemplo -, mas, também, de que trouxe muitas preocupações. Esse exemplo mostra que o legislador passa a considerar mais a realidade pelo olhar da pessoa com deficiência, e menos aquilo que poderia ser o mais lógico e seguro, independentemente dos resultados que isso possa gerar. Como já explicitado, objetivando não se afastar do núcleo do artigo, este autor se absterá de discutir a questão cível.

O importante é notar as influências fenomenológicas no Direito. Resta claro que essa filosofia alcançou os diplomas jurídicos nacionais. Não que a fenomenologia tenha se tornado a filosofia guia do Direito nacional. Longe disso. Entretanto, já é possível notar algumas de suas contribuições, não fazendo, aqui, qualquer juízo de valor se positivas ou negativas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo teve como condão apresentar uma visão panorâmica da fenomenologia husserliana, a qual é um marco referencial no pensamento contemporâneo, e mostrar sua influência no Direito. A intencionalidade foi exposta como ensinamento base da fenomenologia, assim como apresentadas as três formas estruturais fenomenológicas. Ainda, expôs-se o convite husserliano à atitude transcendental, bem como os passos para se fazer a redução eidética. Por fim, foram expostos avanços e transformações já alcançados pela fenomenologia nas áreas do Direito e da Psicologia.

Finalmente, consciente do desafio que é, espera este articulista ter sido capaz de traduzir, em palavras simples, as bases da fenomenolo-

gia, no intuito de tornar o conhecimento inicial deste campo filosófico mais acessível àqueles sem formação em Filosofia.

REFERÊNCIAS

A BÍBLIA. **A Crucificação**. Santo André: Geográfica, 2009. 1488 p. Velho Testamento e Novo Testamento.

FINK, Eugen. “Die phänomenologische Philosophie Edmund Husserls in der gegenwärtigen Kritik”, in **Studien zur Phänomenologie** 1930-1939. Martinus Nijhoff: Den Haag: 1966, p. 79-156.

GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

HUSSERL, Edmund. **A ideia da fenomenologia**. Lisboa: Edições 70, 1990.

_____. *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie. Eine Einleitung in die phänomenologische Philosophie. The Hague: Martinus Nijhoff, 1976*

_____. **Ideias para uma fenomenologia pura e uma filosofia fenomenológica**.

Trad. Márcio Suzuki. São Paulo: ideias e Letras, 2006.

_____. **Investigações lógicas**: sexta investigação. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

_____. **Meditações cartesianas**: introdução à fenomenologia. Tradução. Frank de Oliveira. Lisboa: Madras, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LARANJA, Anselmo Laghi; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. Fenomenologia de Edmund Husserl e Direito: caminhos e obstáculos in **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 1, p. 189-212, abr. 2018. Disponível em:

<<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/57291>>. Acesso em: 14 dez. 2020.

MARTINS, Joel. **Estudos sobre existencialismo, fenomenologia e educação**. São Paulo: Centauro, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2020.

REINACH, Adolph. **Fundamentos apriorísticos dei derecho civil**. Barcelona: Bosch, 1934.

SOKOLOWSKI, Robert. **Introdução** à fenomenologia. Tradução de Alfredo de Oliveira Moraes. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE HUMANA, UMA ANÁLISE TÉCNICA E CRIMINAL

Camila Carvalho Rodrigues Costa

Daniel Stefani Ribas

Gabriela Albuquerque Pereira

INTRODUÇÃO

Seguindo o preceito fundamental de um Estado Republicano, a Dignidade da Pessoa Humana abarca todos os indivíduos, porém, nota-se que muitas vezes existem situações que acabam por violar esse preceito. A Violência obstétrica é denominada, segundo Charles Tesser (2015), como a prática de diversas condutas que geram danos à integridade física e psicológica da mulher durante o parto. Atualmente, é vista como uma forma de violência, que compromete de maneira direta os direitos essenciais, atingindo de maneira mais contundente os direitos das mulheres. Tal realidade foi tratada de forma obscura durante séculos, mas com a chegada da informação e com o crescimento do movimento feminista se torna um tema a ser discutido nos dias atuais.

Destarte a questão norteadora do trabalho. Até que ponto a violência obstétrica é negligenciada pelo estado?

Objetivo geral do presente trabalho é analisar a violência obstétrica em conformidade com o Direito Penal Brasileiro e juntamente a falta

de amparo de quem sofre com essa determinada pratica. No referente trabalho a metodologia utilizada foi bibliográfica, documental.

O primeiro tópico do artigo mostra a importância da dignidade da pessoa em relação ao nascituro e a parturiente e como é passada de forma leviana a violação a um direito fundamental de tamanha importância. No segundo tópico demonstramos o conceito de violência obstétrica e as modalidades que ele pode ocorrer. Concluindo o trabalho apresento a tipificação dessa violência no Código Penal que passa despercebida pela atual sociedade.

1. Dignidade da Pessoa em Relação ao Nascituro e à Parturiente

Há cerca de vinte e três mil anos foi esculpida uma estatueta, conhecida hoje como Vênus de Willendorf, a qual retrata uma idealização do ser feminino, em que se colocou em destaque a vulva, seios e barriga, relacionando a figura da mulher com ideais de fertilidade. Nota-se assim, dentre as diversas funções e capacidades inerente a força feminina, a sua importância quanto à procriação, vista como uma característica marcante e fundamental para a garantia da perpetuação da espécie humana.

Nos dias atuais, Vieira (2005) analisa a construção da identidade das mulheres, destacando a importância do meio durante este processo e as constantes mudanças presentes. Dessa forma, enfatiza a autora que o principal objetivo das mulheres modernas é a liberdade, deixando para trás a visão sexual que possuíam e passando a presar pela autonomia de escolha e pela autonomia sobre os seus corpos.

Nesse contexto, o parto torna-se de suma importância na vida de uma mulher. Porém, em muitos casos, tem-se lembranças que remetem a dor, ao sofrimento e a diversas humilhações, transformando esse momento mágico e natural inerente à espécie humana em um pesadelo.

Annel Brito (2014) aponta que, segundo o Ministério Público de São Paulo a área médica com maior índice de infrações está relacionada à obstetrícia. Após o parto, as mulheres relatam, muitas vezes em forma de entrevistas e denúncias, a violência física, psicológica e moral,

decorrente a uma série de abusos, xingamentos e manobras agressivas realizadas pela equipe médica.

A autora ainda expõe posicionamentos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que conceitua o fenômeno da violência obstétrica como um tratamento desumanizado, em que há abusos de medicalização e patologização de processos naturais, impossibilitando que as mulheres realizem escolhas sobre seu próprio corpo.

Como um dos fundamentos do Estado, a Dignidade da Pessoa Humana se aloca em todos os preceitos e diretrizes aplicadas para a busca do bem comum. A finalidade social, o tão utópico bem comum, devem ser garantidos desde do momento anterior ao nascimento ao mais fraterno ato da humanidade: o momento do parto.

Branco (2017) ressalta que a existência humana é um pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostas na Constituição. Poderíamos tratar de forma técnica a existência da vida e da personalidade através do nosso Código Civil, mas preferimos analisar esse tema de forma abstrata, sem determinar o conceito, optando por uma perspectiva teleológica.

Objetivando mostrar um ponto de vista diferente sobre o tema em debate e apresentar como se inicia o direito fundamental dos nascituros à vida, deve-se observar o Ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes (2017):

O elemento decisivo para se reconhecer e se proteger o direito à vida é a verificação de que existe vida humana desde a concepção, quer ela ocorra naturalmente, quer *in vitro*. O nascituro é um ser humano. Trata-se, indisputavelmente, de um ser vivo, distinto da mãe que o gerou, pertence à espécie biológica *Homo sapiens*. Isso é bastante para quem seja titular do direito à vida- apanático de todo ser que surge do fenômeno de fecundação humana. (MENDES, 2017, p.258)

Pautando-se nessa perspectiva, nota-se que a partir do momento da concepção o nascituro já será detentor de alguns direitos. Não obstante disso, percebe-se que a efetivação de alguns direitos está sob condição suspensiva, qual seja, o nascimento com vida.

Em meio à esse lapso temporal, entre a concepção e o nascimento com vida, nota-se o momento do parto como de suma importância, devendo ser apontadas situações constrangedoras e repugnantes que ocorrem, durante esse afável momento, afetando diretamente princípios basilares da Constituição Federal, além do primórdio direito à vida.

Coloca-se em destaque nesse momento, a violação da Dignidade da Pessoa Humana. Observa-se que infelizmente, a mulher é violentada na ocorrência do parto, colocando-a, de maneira despercebida, em condições degradantes decorrentes da violência obstétrica (GILMAR, 2017).

Em um dossiê elaborado pela Rede Pato do Princípio para a CPMI da violência Contra as Mulheres, corriqueiramente são relatadas situações que denotam dor e humilhações por parte da parturiente. As violências cometidas sobre as mulheres podem ser marcadas por agressões verbais, físicas, psicológicas, além de discriminações de ordem socioeconômica.

Tal conjuntura, denuncia a forma negligente com que o Estado lida com essa situação, não fazendo nenhum papel de fiscalização nem de conscientização da sociedade civil.

2. Abordagem Médica Sobre a Violência Obstétrica

Consoante com Lansky (2019), em uma abordagem médica, o conceito de violência obstétrica se aplica a qualquer ato violento empregado na gestante no âmbito do trabalho de parto, seja antes, durante ou após esse momento, não possuindo o consentimento da mulher, e/ou ferindo a sua integridade física ou psicológica.

Esse tipo de violência pode ser ocasionado por diversos fatores, como danos físicos, morais, verbais ou qualquer prática que corrobore com a falta de autonomia e respeito à paciente. Procedimentos inadequados e assistências que não condizem com as disposições anatômicas e fisiológicas femininas fazem parte desse contexto violento e discriminatório que podem causar efeitos irreversíveis sobre a saúde do bebê e da mulher, como hemorragias, hipóxia neonatal e a depressão pós-parto. (LANSKY, 2019)

Segundo Guimarães (2017), a violência institucional em maternidades começou a ter maior visibilidade pelo Ministério da Saúde a partir de 2011, além de ser representada como um problema frequente

de saúde pública brasileira. Assim, é evidente que em muitos casos a equipe de saúde não tem o preparo profissional adequado, deixando a desejar em questões técnicas e humanitárias, como também a ausência de cuidados obstétricos que a gestante precisa no parto.

Analisando a tese de doutorado de Janaína Aguiar (2011), nota-se maus tratos tanto físicos quanto psicológicos instituídos no Sistema Único de Saúde, colocando as mulheres em condição degradante, considerando esse atentado à direitos fundamentais das mulheres, um tipo de “Violência Institucionalizada”, *in verbis*:

Embora ainda sejam poucos os estudos que abordam este tema, se comparados com a literatura científica sobre a violência contra a mulher de uma forma geral, alguns autores apontam que a violência em maternidades é, em grande parte, resultado da própria precariedade do sistema, que, além de submeter seus profissionais a condições desfavoráveis de trabalho, como a falta de recursos, a baixa remuneração e a sobrecarga da demanda social (caracterizando um sucateamento da saúde), também restringe consideravelmente o acesso aos serviços oferecidos, fazendo, entre outras coisas, com que mulheres em trabalho de parto passem por uma verdadeira peregrinação em busca de uma vaga na rede pública, com sério risco para suas vidas e a de seus bebês [...]. (AGUIAR; D’OLIVEIRA, 2011).

Além disso, conforme Lansky (2019), a violência obstétrica foi reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, em 2014, como um feito de saúde pública que prejudica diretamente as mulheres e os recém-nascidos, revelando dimensões internacionais. Logo, torna-se incontestável que a prática de intervenções agressivas com as futuras mães favorece em uma série de riscos e possíveis sequelas, como também a perda da essência desse momento único da maternidade.

2.1 A Inobservância da Relação Médico-Paciente

Por muito tempo, o parto não teve sua visibilidade como um processo cultural e social complexo. Assim sendo, esse momento que de-

veria ser de experiência única e positiva, ficou afetado pelo intenso tecnicismo e robotização da medicina, culminando em uma interação a desserviço ao bem-estar materno. Logo, nos faz pensar na fragilidade da relação médico-paciente, como diz Muller (2019), uma vez que é fundamental uma interação saudável na prática médica do parto para conseguir desenvolver melhores relações clínicas, bioéticas e humanas.

Em 2000, o Ministério da Saúde (MS) lançou o Programa de Humanização do Pré-natal e Nascimento a fim de garantir as recomendações e direitos da mulher no ciclo gravídico-puerperal, considerado um grande avanço na qualificação do parto que, entretanto, pautado no estudo de Janaína Aguiar (2011), ainda existem abordagens violentas e prejudiciais a fisiologia da mulher, comprovando a persistente relação desigual e hierárquica entre o médico e o paciente baseada em uma ideologia dominante que vai contra os princípios éticos da Medicina humanizada.

Dentre os princípios evidenciados pelo Código de Ética Médica (CEM) em seu capítulo I, VI nota-se:

VI - O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

Em análise, Eveline Araújo (2016, apud OLIVEIRA), cada vez mais os estudantes de medicina, durante toda a faculdade tem seu sentimento reprimidos, tornando-se profissionais impessoais e incapazes de criar qualquer tipo de relação emocional com o paciente. Relata ainda:

(...) A “deturpação” da essência humana dos médicos faz com que os atendimentos sejam superficiais. “(Após esse processo) você não pode esperar grande coisa, porque ele vai te tratar como objeto, um número de protocolo. Você é qualquer coisa, menos um ser humano na frente dele.

Dessarte, seguindo a referida autora torna-se clarividente a necessidade de uma boa relação entre o médico e o paciente, havendo uma

necessidade de um desenvolvimento mais humanístico desses profissionais desde a faculdade defendendo a inclusão de matérias de cunho social na grade do curso de medicina com o objetivo de que o profissional da área tenha uma formação plena, sendo proporcionado tanto conhecimentos técnicos, quanto conhecimentos humanísticos.

2.2 Uso de Procedimentos Desapropriados

De acordo com Gonçalves da Silva (2014), o parto se caracteriza como um processo fisiológico e não patológico, devendo ocorrer de forma natural, já que o corpo da mulher, em regra, manifesta condições que permitem a saída do bebê. A exemplo disso está o início da abertura e contração do útero e o aumento de determinados hormônios. Dessa forma, manobras agressivas e uso de instrumentos que prejudiquem a saúde da mulher e do bebê são, em boa parte das vezes, desnecessários e culminam na violência obstétrica

Em consonância com Andrade (2016), a violência obstétrica é manifestada através de diversas manobras e técnicas agressivas que impactam negativamente no desenvolvimento perinatal. Dessa forma, a episiotomia é uma prática comum e feita de forma desnecessária; tal procedimento consiste em um corte entre a vagina e o ânus, o qual a chance de laceração perineal grave é elevada, assim como, o índice infecção e a falta de controle dos movimentos fecais e urinários.

Questiona-se também a brutalidade da manobra de Kristeller, que de acordo com Carvalho (2014), gera uma pressão no fundo uterino, com o intuito de facilitar e acelerar a saída do bebê. Essa técnica é extremamente agressiva, devido à força e a pressão aplicada, podendo causar severos danos à mulher, como deslocamento da placenta e fratura de costelas. Em uma análise voltada para o bebê, fratura de crânio e clavícula já foram registrados na literatura. Ademais, outras consequências podem advir dessa manobra quais sejam: lacerações perineais na mãe e ruptura do plexo braquial no recém-nascido.

Indo ao encontro do estudo de Eleonora d'Orsi (2005), o que acontece com muitas mulheres é que, no momento delicado do parto, aceita o uso da ocitocina sintética, um hormônio que ajuda na contração do útero durante o trabalho de parto. Contudo, em boa parte

das vezes, tal medicamento é usado em ocasiões que são dispensáveis, apenas para acelerar a contração e permitir que o trabalho de parto seja mais rápido e o médico apresse seu trabalho.

Segundo a autora, isso é evidenciado como uma intervenção desnecessária que preza mais pela quantidade do que pela qualidade do ato de parir, trazendo consequências para o corpo, como ruptura do útero, náuseas, vômitos, contrações exacerbadas, arritmias cardíacas e também, dano cerebral ao recém-nascido.

Além da violência física, a mulher é exposta à violência verbal e psicológica, que, de acordo com Janaína Marques (2011), é pautada em jargões e expressões que ferem a dignidade da mulher. Gritos, humilhações e piadas também são relatados, levando ao desconforto, vergonha e ansiedade da mulher. Essas práticas resultam em uma série de consequências negativas, como a depressão pós-parto, além de ir contra o princípio de que o médico deve ser um cuidador e facilitador durante a cirurgia.

Durante o parto, há relatos da ocorrência do uso da posição de litotomia (na qual o paciente se deita com a face voltada para cima, flexionando quadril e joelhos em 90°, expondo o períneo). Em um estudo de Lansky (2019), que apresentou 91,7% das mulheres ficaram nessa posição, frente a uma recomendação da OMS de usar-se posições verticalizadas, além de considerar a posição de litotomia ineficaz e desconfortável. No entanto, é imperioso, também, que a parturiente tenha autonomia para decidir qual posição quer permanecer.

Ademais, os benefícios são relevantes ao assumir a posição vertical, conforme relatado no estudo de Paiva (2018):

Quando a mulher passa a maior parte do período de pré-parto e parto assumindo posições verticais, a descida fetal é favorecida devido à força da gravidade, reduz a compressão dos grandes vasos sanguíneos maternos, melhora o ângulo de encaixe e a eficiência das contrações uterinas.

A amniotomia também está relacionada com a violência institucional, conforme ressaltado por Priscyla de Oliveira Nascimento Andrade (2016), pois consiste em um procedimento que é usado

um gancho para rompimento da bolsa amniótica, a fim de acelerar a liberação de hormônio e a contração uterina. O problema se instala quando a prática se torna rotineira, sem o consentimento da mulher ou usada de forma desnecessária, descumprindo as recomendações do conhecimento científico, sendo usada, portando, como comodismo e benefício do profissional e podendo trazer riscos ao bebê como prolapso de cordão umbilical e comprometimento da frequência cardíaca.

Todas essas condutas irresponsáveis e irregulares são originadas pela falta de informação, pela cultura de hierarquização do médico com o paciente e pela situação de fragilidade da mulher durante o parto. É evidente, portanto, que essas práticas usadas em alta proporção se tornam um problema de saúde pública, em que a utilização extrapola as indicações clínicas e cirúrgicas.

2.3 O Despreparo Profissional e Institucional

Conforme a pesquisa da Fundação Perseu Abramo, uma em cada quatro mulheres sofre algum tipo de violência obstétrica no Brasil. As inúmeras formas de violência supracitadas revelam uma necessidade de mudança na abordagem da equipe de saúde durante o parto, sendo imprescindível analisar os riscos potenciais. Em consonância com Eleonora d'Orsi (2005), essas decisões impróprias refletem nos índices de morte dos bebês:

No Brasil, coexistem elevados índices de intervenção e alta mortalidade neonatal precoce 10,7 por 1.000 nascidos vivos. O adequado acompanhamento do trabalho de parto e a correta indicação de cesárea podem contribuir para a redução dos óbitos entre os nascidos vivos.

Em seu trabalho acadêmico, Virgínia Junqueira Oliveira (2017) defende que a puérpera, muitas vezes, não tem todo o auxílio necessário, evidenciando a precária formação dos médicos e enfermeiros, como também estrutura de hospitais. A falta de privacidade dentro da sala de cirurgia, a falta de informação sobre a presença de um acom-

panhante, uso inadequado de tecnologias e intervenções, negligência assistencial, dentre outros fatos vivenciados por mulheres.

Essa questão é advinda de um modelo de ensino sem fundamento técnico, racional e empático, com o uso desproporcional de intervenções que levam a uma dificuldade de erradicar a violência institucional. É preciso saber que cada gestação é de uma forma, que é indiscutível a atenção e zelo na escolha dos procedimentos de forma individual para aquela parturiente. Por fim, é preciso de mudanças no padrão de atendimento para possibilitar uma saúde digna e que encare o momento de parir como um cenário montado em prol da figura feminina e não dos profissionais (OLIVEIRA, 2017).

3. Âmbito Jurídico da Violência Obstétrica

De acordo com nota emitida pelo Ministério Público de Santa Catarina, a violência obstétrica, conforme o caso analisado, poderá ser considerado crime e gerar consequências em âmbito administrativo, ético ou cível, de acordo com o bem jurídico ofendido. Na seara criminal, a vítima poderá acionar tanto a polícia como o Ministério público, tendo tais órgãos o dever de agir, buscando, além de punir os agressores criar medidas que possam proteger outra mulher da violência obstétrica.

Moldando tais situações a partir de uma visão do nosso Código Penal, podemos observar em seu capítulo II “das lesões corporais” incorre grande maioria de violações tipificadas no artigo 129:

Lesão corporal

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

Lesão corporal de natureza grave

§ 1º Se resulta:

I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II - Perigo de vida;

III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV - Aceleração de parto:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 2º Se resulta:

I - Incapacidade permanente para o trabalho;

II - Enfermidade incurável;

III perda ou inutilização do membro, sentido ou função;

IV - Deformidade permanente;

V - Aborto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

Lesão corporal seguida de morte

§ 3º Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos. [...]

No caput do artigo 129 do CP, está a lesão corporal de natureza leve, a qual a tipificação consiste em ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem. Conforme Cezar Bitencourt (2018), a conduta típica do crime de lesão corporal consiste em ofender, isto é, lesar, ferir a integridade corporal ou a saúde de outrem.

Como ofensa à integridade corporal compreende a alteração, anatómica ou funcional, interna ou externa, do corpo humano, como, por exemplo, equimose, luxações, mutilações, fraturas etc. Já como ofensa à saúde compreende a alteração de funções fisiológicas do organismo ou perturbação psíquica. A simples perturbação de ânimo ou afiliação não é suficiente para caracterizar o crime de lesão corporal por ofensa à saúde (BITENCOURT, 2018).

Destarte, o autor ressalta a importância de uma análise sob o princípio da insignificância nas lesões causadas durante o procedimento. Dessa forma, os atos obstétricos só serão tipificados se saírem da premissa de naturalidade e de manobras técnicas utilizadas pela medicina que já se esperam em um parto.

Em continuidade aos estudos doutrinários, o referido autor no artigo 129 do Código Penal, evidencia a lesão corporal de natureza grave. Como a primeira qualificadora temos a incapacidade para ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias. As lesões derivadas da prática de um parto mal executado pode levar a aplicação de tal agravante desde que cumprido tal requisito, devendo ser analisado em seguida, o perigo de vida que pode ser gerado pelo procedimento ineficaz e grotesco de profissionais de saúde.

Em uma análise mais precisa sobre o perigo de vida, Bitencourt ainda nos mostra a importância de uma probabilidade palpável do risco de morte, que deve ser comprovado por meio de perícia (essencial, já que esse delito possui materialidade). Assim, a mera possibilidade do risco nesse caso, não se torna capaz de aplicar tal qualificadora.

Consoante a isso, ainda temos a debilidade permanente de membro, função ou a inutilidade parcial da paciente decorrente de lesões causadas no parto. Destarte, entende-se como perda da função a anulação de uma especificidade de um determinado órgão; já no tocante aos membros se refere a segmentos do tronco e o sentido se aloca nas percepções da pessoa.

Chegamos em um tocante crucial das lesões corporais que muitas vezes pode ser passado de maneira despercebida devida a situação, a qualificadora aborto na parte das lesões corporais pode ocorrer na forma preterdolosa, em que mais de um bem jurídico é violado. Bitencourt (2018) ressalta a modalidade aborto da seguinte forma:

Trata-se de crime preterdoloso, ou seja, há dolo em relação à lesão corporal e culpa em relação ao aborto, este é provocado involuntariamente: o agente não quer nem assume o risco de provoca-lo. (BITENCOURT, 2018, p.227)

Para que possa caracterizar-se como qualificadora da lesão corporal gravíssima, não pode ter sido o aborto provocado sob o dolo do agente, pois, caso haja dolo, o médico terá que responder por dois crimes: lesão corporal gravíssima e aborto (BITENCOURT, 2018).

Observa-se ainda que quando o médico ou qualquer outro funcionário na sala de cirurgia sabe das gravidades das práticas abortivas e assume o risco de provocar o aborto realizando a prática do ato, como forma de acelerar o parto ou por qualquer outro motivo está caracteri-

zado o dolo eventual do funcionário no momento do parto. A vontade livre e consciente de utilizar a determinada técnica lesiva a saúde da gestante, mostrando mais uma vez a situação amedrontadora de se ser uma gestante em nosso país.

De acordo com o Juiz Federal e professor Roberto Carvalho Veloso (2016), deve-se ainda analisar o dispositivo 121 do Código Penal que trata sobre o homicídio simples. *In verbis*: “Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.”. Perante tal dispositivo se faz de suma importância destacar as características do homicídio.

Em síntese, Veloso (2016) considera-se doloso quando há a intenção de matar ou quando o agente assume o risco de produzir o resultado morte. Em uma análise sob a perspectiva médica, nota-se o dolo eventual (quando o agente assume o risco de produzir o resultado) em casos marcados por imprudência e negligência, fazendo com que não se aplique a redução de pena referente ao homicídio culposo.

O jurista ressalta ainda a tipificação do art. 146 do Código Penal, no qual:

Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda. [...]

Nesse caso, é evidenciada a perda da autonomia da paciência no crime de Constrangimento Ilegal, presente nos casos de episiotomia, escolha do parte e outras situações as quais a parturiente deveria ter o poder de escolha, ferindo a sua integridade. Observa-se o parágrafo terceiro inciso primeiro que a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida, não se encontra tipificada por este artigo.

O autor analisa o art. 147 do Código Penal que retrata o crime de ameaça:

Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave. [...]

Neste crime, nota-se um amedrontamento da parturiente que se encontra em um momento de completa vulnerabilidade, prometendo causar-lhe um mal injusto.

Nota-se ainda a ocorrência do crime de Maus tratos quando há um desleixo quando aos cuidados que deveriam ser atribuídos a gestante antes, durante e após o parto. Vejamos:

Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

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

§ 1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

§ 2º - Se resulta a morte:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

§ 3º - Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos. (Incluído pela Lei nº 8.069, de 1990)

Por último, conforme define Bittencourt (2018), tem-se uma dificuldade quanto ao lastro probatório desses crimes, devido à ausência da comprovação da materialidade. Tal posicionamento pode ser evidenciado na Jurisprudência brasileira:

LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVÍSSIMA.
Absolvição. Apelação ministerial. Impossibilidade. Ausência de prova da materialidade delitiva. Improcedência bem declarada. Recurso improvido.

[...]

(TJ-SP - APL: 00005722920078260642 SP 0000572-29.2007.8.26.0642, Relator: Eduardo Abdalla, Data de Julga-

mento: 13/09/2013, 2ª Câmara Criminal Extraordinária, Data
de Publicação: 13/09/2013)

Observa-se, portanto, que dentro de uma sala de parto podemos contar com um número pequeno de pessoas que poderiam atuar como testemunha; porém, muitas vezes o profissional, acaba acobertando seu colega de profissão, assim sendo praticamente impossível detectar e provar de maneira inequívoca tais atos.

Não longe desses atos, devido as enormes violações de direitos e consequentemente no ordenamento jurídico, a aplicação do Direito Penal (devido ao seu caráter de *ultima ratio*) não se torna capaz de reparar todos os danos provocados, tornando possível a busca pela efetivação da Jurisdição através de outras áreas do direito.

3.1 A falta de medidas efetivas do Estado

No que tange às ações adotadas pelo Estado, observa-se pouca efetividade em combater os atos de violência obstétrica. Sendo assim, visando propor mudanças a esse modelo, poderia ser adotado o compliance, caracterizado como o conjunto de ações que se mostram eficientes na fiscalização contínua e preventiva de instituições. Logo, seria aplicado tanto no sistema público quanto no sistema particular de saúde, a fim de proteger a integridade da instituição, fazendo cumprir normas, e consequentemente, manter a integridade das pacientes no âmbito hospitalar.

Além disso, segundo Gabriela Lemos de Pinho Zanardo (2017), é preciso que as instituições de ensino e até mesmo as hospitalares incorporem os achados da Medicina Baseada em Evidências, que busca basear as condutas médicas em achados científicos de eficácia e segurança dos procedimentos. Assim, será evitada a reprodução de atos que agridam a mulher no momento do parto e o fim da gestação possa ser realizada de forma mais humana e digna.

CONCLUSÃO

Ao refletir sobre a violência obstétrica no âmbito hospitalar podemos perceber que o poder estatal age com negligência, pois muitas das

práticas não são observadas e acabam passando de forma despercebida, gerando um grande dano à vida da gestante, do feto ou do bebê.

A legislação penal brasileira, quando trata de lesões corporais define vários enquadramentos para tais condutas, mas que na prática não surte efeitos, por estarem em ambientes com pessoas selecionadas, profissionais da saúde que acabam não denunciando tais atos; soma-se ainda o fator de que classes desfavorecidas e mulheres desinformadas sofrem com isso.

A falta de uma assistência humanizada, abordagens indevidas e a realização de um parto que não é voltado ao bem-estar da mulher gera essa violência institucional, a qual tem sido relatada rotineiramente de diversas formas. É evidente também, a precária análise clínica e científica acerca da necessidade da intervenção, além de uma cultura de verbalizações desrespeitosas e discriminatórias.

Portanto, conforme debatido no presente artigo, é necessário que as informações acerca dessa temática atinjam um maior número de pessoas, bem como uma maior eficácia na fiscalização pelo poder estatal, uma vez que as leis já existentes podem ser utilizadas objetivando preservar o bem comum e o direito a dignidade da gestante e de seu filho.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Janaína Marques; D'OLIVEIRA, Ana Flávia Pires Lucas.

Institutional violence in public maternity hospitals: the women's view. Interface - Comunicação, Saúde, Educação, v.15, n.36, p.79-91, jan./mar. 2011.

ANDRADE, Priscyla de Oliveira Nascimento, et al. **Fatores associados à violência Obstétrica na assistência ao parto vaginal em uma maternidade de alta complexidade em Recife, Pernambuco.** Disponível em: << <http://www.scielo.br/pdf/rbsmi/v16n1/1519-3829-rbsmi-16-01-0029.pdf> >> Acesso em: 01/09/19.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal: parte especial 2: crimes contra a pessoa** / Cezar Roberto Bitencourt- 18.ed.- São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRITO, Annel Lacerda de. O que é violência obstétrica? Jus Brasil. Disponível em: <<<https://annelbrito.jusbrasil.com.br/artigos/115355541/violencia-obstetrica-o-que-e-isso>>>, acesso em 11/01/2020.

CARVALHO, L. C. V. **Os efeitos da manobra de Kristeller no segundo período de trabalho de parto.** Disponível em: << <https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/9509/1/Relat%c3%b3rio%20Est%c3%a1gio%20Final%20La%c3%abtia%20Carvalho.pdf> >> Acesso: 01/09/19

CIELLO, C. et all., **Violência Obstétrica: “Parirás com Dor”.** Dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência Contra as Mulheres. 2012. Disponível em: <<<https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>>>. Acesso em 11/01/2020.

Código Penal/ obra coletiva da autoria da Editora Saraiva com colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha.- 4.ed- São Paulo: Saraiva Educação, 2019 (Legislação Saraiva de Bolso).

Código de Ética Médica, Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1931/09.

Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_2.asp>>, acesso em 10/01/2020

D’ORSI, Eleonora, et al. **Qualidade da atenção ao parto em maternidades do Rio de Janeiro.** Disponível em: <<https://www.scielosp.org/scielo.php?pid=S0034-89102005000400020-&script-sci_abstract>>, acesso em 01/09/2019.

EQUIPE TRICAE. **Ocitocina sintética no parto, benefício ou malefício?** Disponível em: <<<https://blog.tricae.com.br/mundo-materno/saude-e-bem-estar/ocitocina-sintetica-no-parto-beneficio-ou-maleficio/>>>, acesso em 01/09/2019.

GUIMARÃES, L. B. E., et al. **Violência obstétrica em maternidades públicas do estado do Tocantins:** Revista Estudos Femininas, v. 26, n. 1, 2017.

LANSKY, Sônia, et al. **Violência obstétrica: influência da Exposição Sentidos do Nascer na vivência das gestantes.** Ciência saúde coletiva vol. 24, n.8, Rio de Janeiro, 2019.

MENDES, G. F. , BRANCO, P.G. **Curso de direito constitucional.**- 12. Ed . rev . e atual.- São Paulo: Saraiva, 2017.

MPSC. **Violência Obstétrica: uma conduta inaceitável.** 2017, disponível em:

<<<https://www.mpsc.mp.br/noticias/violencia-obstetrica-uma-conduta-inaceitavel>>>, acesso em 31/03/20.

OLIVEIRA, R., **A medicina precisa ser mais humanizada.** Jornal da USP.

Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/medicina-precisa-ser-mais-humanizada/>, acesso em 10/01/2020.

OLIVEIRA, Virgínia Junqueira and PENNA, Cláudia Maria de Mattos. **O DISCURSO DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NA VOZ DAS MULHERES E DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE.** Texto contexto – enfermagem, vol.26, n.2, 2017.

PAIVA, E. F. , et al. **POSIÇÕES ASSUMIDAS DURANTE O PARTO NORMAL: percepção de puérperas atendidas numa maternidade de Jataí- Goiás.** Revista Eletrônica Graduação / Pós-graduação em Educação, v. 14, n.4, 2018.

R. C. VELOSO, M. C. M. SERRA. Reflexos da Responsabilidade Civil e Penal nos casos de Violência Obstétrica. Revista de Gênero, Sexualidade e Direito, Minas Gerais, v. 2, n. 1, p. 18 - 37. 2016. Disponível em: <<<http://www.indexlaw.org/index.php/revis-tagsd/article/download/1048/1043>>>, acesso em 31/03/2020.

SENA, L. M; TESSER, C. D., **Violência obstétrica no Brasil e o ciberativismo de mulheres mães: relato de duas experiências.** Interface - Comunicação, Saúde, Educação, v.21, n.60, 2017.

SENS, Maristela Muller; STAMM, Ana Maria Nunes de Faria. **Percepção dos médicos sobre a violência obstétrica na sutil**

dimensão da relação humana e médico-paciente. Interface - Comunicação, Saúde, Educação, v.23, n.8, 2019.

SILVA, M. G., et al. **Violência obstétrica na visão de enfermeiras obstetras.** Revista de Enfermagem do Nordeste, v.15, n.4, julho-agosto, 2014, p 720-728.

Tesser, C. D., Knobel, R., Andrezzo, H. F. de A., & Diniz, S. G. (2015). **Violência obstétrica e prevenção quaternária: o que é e o que fazer.** Revista Brasileira De Medicina De Família E Comunidade, 10(35), 1-12.

TJ-SP - APL: 00005722920078260642 SP 0000572-29.2007.8.26.0642, Relator: Eduardo Abdalla, Data de Julgamento: 13/09/2013, 2ª Câmara Criminal Extraordinária, Data de Publicação: 13/09/2013.

VIEIRA, J. A. A identidade da mulher contemporânea. 2005. **Scielo.** v.21. São Paulo. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-44502005000300012&lng=pt&tlng=pt>>, acesso em 02/04/2020

Zanardo, G. L. P., Calderón, M., Nadal, A. H. R., & Habigzang, L. F. (2017). **Violência obstétrica no Brasil: uma revisão narrativa.** Revista de Psicologia & Sociedade, 29

REMÉDIOS ESSENCIAIS NO COMBATE À CORRUPÇÃO SISTÊMICA

Lucas Alves Almeida

Mariana Cesco Ribeiro

INTRODUÇÃO

Em meados do mês de março do ano de 2014, deu-se início àquilo que viria a ser a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro da América Latina, a denominada operação Lava Jato.

O que de início parecia mais um esquema isolado de corrupção, demonstrou ser somente a ponta do *iceberg* de um sistematizado plano. Tal esquema funcionava como uma espécie de sistema que abrangeria diversos escalões, tanto na esfera pública, quanto na esfera privada.

Segundo Andrade, o termo corrupção pode ser conceituado como “o resultado de uma ação, onde o objetivo é levar vantagem, que pode ser de qualquer espécie, sobre os outros, que em alguns casos podem nem ser vantagens de ordem pecuniárias” (2013, *online*).

A corrupção impacta diretamente o desenvolvimento social e econômico de uma nação à medida que reduz os investimentos públicos. Para o filósofo Michel Sendel, professor da Universidade de Harvard, a corrupção é chamada de sistêmica quando impregna os diversos setores do governo, dos partidos, dos grandes empresários e o Poder Judiciário (*apud* TONET, 2020, *online*).

O problema de pesquisa a ser analisado consiste em responder a seguinte questão: “Quais são os remédios necessários para o combate à corrupção sistêmica?” E tem como hipótese, demonstrar que a corrupção sistêmica é uma forma mais abrangente do sistema de corrupção organizado, com benefícios a todos os seus envolvidos, e os remédios essenciais para seu combate são: a conscientização da sociedade civil, a responsabilidade dos setores privados e a governança responsável.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento da pesquisa será, especialmente, por meio da utilização de revisão bibliográfica, em que serão analisados livros e artigos que tratam do tema.

O trabalho analisará o conceito de corrupção, sua definição no ordenamento jurídico pátrio, os remédios essenciais no combate à corrupção sistêmica, e a maneira que podem ser utilizados como instrumentos capazes de atuar como controle e na prevenção.

1. O REGIME DE RESPONSABILIDADE E O COMBATE A CORRUPÇÃO SISTÊMICA

Neste tópico, analisaremos o regime de responsabilidade e as medidas necessárias para o enfrentamento da corrupção sistêmica.

1.1 Corrupção: Algumas definições

O termo corrupção é objeto das mais variadas divergências entre os mais celebrados autores, que se dedicaram a análise do termo, nas mais diversas disciplinas, abrangendo desde a filosofia, sociologia, ciência política, jurídica, etc.

Sabe-se que o termo deriva do latim “*rumpere*”, equivalente a romper, dividir, gerando o vocábulo *corrumpere*, que, por sua vez, significa deterioração, depravação, alteração (GARCIA, 2008, *online*).

Segundo Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa Michaelis, corrupção significa o ato ou resultado de corromper; corrompimento, corruptela. É o uso de meios ilícitos, por parte de pessoas do serviço público, para obtenção de informações sigilosas, a fim de conseguir benefícios para si ou para terceiros (2020, *online*).

Salienta Andrade que:

trata-se, na verdade, de uma espécie de egoísmo, individualismo de um determinado cidadão ou um grupo de cidadãos, em relação à sociedade na qual convive. Pode ela, portanto, ser baseada em incentivos positivos, como suborno, peita ou laços pessoais, assim como em incentivos negativos, como a ameaça, a chantagem, etc (2013, p. 95).

Em nosso ordenamento jurídico, a corrupção está regulamentada pelo Código Penal Brasileiro (BRASIL, 2020, *online*), sendo dividida em duas categorias: 1) corrupção passiva, redação do artigo 317, tendo como sujeito ativo o funcionário público, que pratique uma das condutas elencadas no *caput*: solicitar (pedir), receber (aceitar, entrar na posse), aceitar promessa (anuir, concordar com a promessa) com vistas ao alcance da vantagem indevida, contra a Administração Pública (sujeito passivo), especialmente a sua moralidade (DELMANTO, 2010, p. 908) e 2) corrupção ativa (art. 333), se dá pela iniciativa de particular, que pratica conduta contra a Administração Pública, com objetivo de oferecer (ou seja, colocar a disposição com apresentação para que seja aceito), e, ou, prometer (cuja significação é obrigar-se, comprometer-se, garantir dar alguma coisa) (*ibidem*, p. 952).

Sendo assim, diante da complexidade do termo corrupção, com ênfase no comportamento contrário a lei, podendo ser praticado pelo agente público. Quando este faz uso de sua posição para receber vantagem ilícita, bem como pelo particular que atuará em busca de dispor à Administração Pública o oferecimento de obtenção de vantagem indevida.

1.2. Aproximação Conceitual do Termo Corrupção Sistêmica

Entende-se por corrupção sistêmica, o conjunto de ações que visam o alcance de um fim a qualquer custo, ou seja, é a criação de um modelo de pirâmide para que todos os órgãos e pessoas, sejam elas jurídicas ou físicas, ou pessoas de direito público ou privado, estejam abarcadas por tal sistema. Tal modelo faz com que a corrupção tenha início na administração pública desde a licitação, execução de eventual

contrato, setor de licenças, fiscalizações, etc., fazendo com que nada, absolutamente, venha ser obstáculo para o alcance do fim pretendido. (TONET, 2020, *online*).

O termo corrupção sistêmica, embora não seja novo, ganhou notoriedade com a citada operação Lava Jato, sendo muito utilizado tanto pelos procuradores responsáveis pela operação, bem como pelo magistrado responsável pela 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba, competente para julgar tais ações.

Segundo o professor Marcelo Neves (2013, *online*), a definição do termo “não deve ser compreendida em termos penais, nem simplesmente no campo da conduta individual. Ela decorre de uma sobreposição destrutiva de critérios de uma esfera de ação sobre outras.”

Essa disseminação de corrupção sistêmica resulta em que “a prática do suborno, de tão aprofundada e disseminada, passa a ser vista como regra do jogo, a dominar as transações entre o público e privado”. É o que se observa em países onde a corrupção é desenfreada. (MORO, 2016 p. 17)

Salienta ainda Moro, que “a corrupção sistêmica, ao contrário da corrupção isolada e individualizada, não é algo comum. Não existe em todo e qualquer lugar”. Logo, no entender do agora Ministro da Justiça, os regimes “dominados por esquemas de corrupção sistêmica, os governantes passam a visualizar o exercício do poder não como forma de realizar o interesse comum ou o interesse público, mas como um meio de apropriação de riquezas privadas e também para, com elas, perpetuarem-se no poder” (2016, p. 18).

Como observa Fazzio, nesse sistema, a corrupção “torna-se parte da ordem instituída, algo reconhecido por quem precisa negociar com o setor público. No que tem de imoral, essa corrupção não é só tema financeiro” (2002, p. 31).

1.3. Custo da corrupção sistêmica

Como é sabido, o número de casos de corrupção no Brasil é altíssimo. Segundo o site Transparência Internacional (TI)²⁴, o último

24 <https://transparenciainternacional.org.br/>

índice de percepção de corrupção do ano de 2019, o país está na 106^a classificação de 180 países mais corruptos do planeta.

As mazelas apresentadas pela corrupção são imensuráveis. Vai desde o descrédito nos principais poderes da República à crise de confiança em todas as instâncias. Assim, tal situação coloca em cheque “os que elaboram as leis, os que a colocam em prática e, pior ainda, os que estão encarregados de aplicá-las” (FAZZIO, 2015, *online*).

Além disso, a falta de preocupação dos cidadãos com a coisa pública faz com que o enfrentamento a corrupção seja mais lento, bem como a vontade do povo seja restringida por aqueles que são considerados representantes do povo.

Outrossim, a corrupção da classe política significa o “impedimento, a restrição ou o desvirtuamento da vontade soberana do povo, introduz o reino dos privilégios e acesso a direitos e deveres e devasta o interesse público pela força do privatismo e do particularismo” (GUIMARÃES, 2011, p. 88).

Em países subdesenvolvidos como o Brasil, caso a corrupção se apresente de maneira desenfreada ao ponto de ser sistêmica, fará com que seja um obstáculo a qualquer tentativa de desenvolvimento com vistas a se tornar um país de primeiro mundo. Logo, toda a sociedade será afetada, já que as políticas que deveriam ser públicas, ou seja, voltadas para toda população, não serão tão públicas, mas políticas voltadas para alguns, beneficiando um grupo específico de pessoas que irão tirar proveito.

Tal situação faz os objetivos do Estado e suas atividades sejam muitíssimo prejudicadas. Nesse ínterim, o professor Fazzio, leciona que

os atos de corrupção colocam as atividades públicas em risco de se desfazer pela dissolução finalística, à medida que células do organismo administrativo passam a atuar com outra finalidade, precisamente uma finalidade oposta a sua razão de ser. Advém a impossibilidade de realização dos objetivos do Estado. (2002, p. 38).

Por este mesmo viés, é o entendimento de Sergio Moro (2016, *online*) ao afirmar que:

o custo da corrupção sistêmica é gigantesco não só para os cofres públicos como também para a economia e a sociedade em geral. O custo da propina, que pode reduzir a margem de lucro das entidades privadas ou, como é mais comum, ser transferido ao contrato público, gerando conseqüentes impactos no orçamento público.

E salienta que “se os agentes do mercado não têm confiança de que podem concorrer em condições iguais em contratos públicos, se há uma zona sombria de pagamento de propina, isso gera um impacto no funcionamento do mercado” (MORO, 2016, *online*)

Ou seja, denigre a imagem do país no exterior, afasta eventuais investidores, prejudica toda a economia nacional, bem como faz com que as camadas mais pobres sofram ainda mais com a ausência de políticas públicas que atuem em seu favor, vez que o custo da corrupção afeta o comprimento dos objetivos do Estado.

Por isso se faz necessária à aplicação de remédios essenciais no combate à corrupção sistêmica, buscando a prevenção e punição efetiva, pois não sendo assim, quando a lei não assusta, não previne. Ou seja, quando as sanções arrefecem, perdem sua principal finalidade, chegando num estágio que o que não é válido, é possivelmente justificado (FAZZIO, 2015, *online*).

2 REMÉDIOS ESSENCIAIS NO COMBATE A CORRUPÇÃO SISTÊMICA

A luta contra a corrupção sistêmica necessita de remédios essenciais, para que sejam alcançados melhores resultados, sendo mais célere e eficaz, quais sejam: a conscientização da sociedade civil; a responsabilidade dos setores privados e a governança responsável.

2.1. Conscientização da Sociedade Civil

Para o combate eficaz contra a corrupção sistêmica é necessária uma mobilização de diversos setores da sociedade. Desde a estrutura política à sociedade civil, das pessoas de direito público bem como as de direito privado.

A primeira ferramenta eficaz no combate à corrupção sistêmica é a conscientização da sociedade civil. Acredita-se que a esta atividade tem papel central no combate a corrupção, mas a problemática está na população se engajar de fato nesse controle, sabendo que é de extrema importância sua atuação, pois os benefícios não serão de alcance somente na esfera individual, mas no âmbito coletivo. (PEREIRA, 2002, *online*)

A Constituição Federal de 1988, em seu parágrafo único, artigo 1º, atribui à sociedade, ou seja, aos seus cidadãos, que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. (BRASIL, 2020, *online*)

Assim, os representantes políticos brasileiros exercem o poder diretamente em nome de todos os cidadãos civis. Dessa forma, devem atuar como representantes que prestam contas aos representados, e governe de maneira efetiva com vistas a alcançar os anseios da sociedade civil como um todo, e dar cumprimento às prerrogativas estabelecidas na Constituição Federal.

É preciso lembrar que o exercício de cidadania não se resume somente ao voto, mas deve ser compreendida como, as atividades que se encontram em constante construção e aprimoramento, devendo ser também exercida no período em que os representantes do povo passarão a desempenhar seu papel, seja no legislativo ou executivo (DELFORGE, 2011, *online*).

Para Souki,

A cidadania é fundamentalmente um método de inclusão social. Historicamente ela representou o surgimento e a celebração do indivíduo enquanto unidade política desvinculado das instituições gremiais e corporativas, cujo início se deu no contexto das revoluções inglesas do século XVII, na Revolução Francesa e no Bill of Rights, alguns anos antes. A inspiração comum a todas essas tradições está nos direitos naturais que, enquanto naturais, eram anteriores à instituição do poder civil e, por isso, deveriam ser reconhecidos e protegidos por este poder. (2006, *online*)

Talvez, um dos fatores que explicam a falta de ação da sociedade, se dê, por abraçar o famoso “jeitinho brasileiro²⁵” para tudo, onde se busca o interesse individual sobre o coletivo, sendo tal atitude uma das raízes da corrupção.

Roberto Damatta (1994, p. 103) explica que a prática do jeitinho brasileiro, não é

só um tipo de ação concreta situada entre a lei e a plena desonestidade, mas também, e, sobretudo, é uma possibilidade de proceder socialmente, um modo tipicamente brasileiro de cumprir ordens absurdas, uma forma ou estilo de conciliar ordens impossíveis de serem cumpridas com situações específicas, e, também, um modo ambíguo de burlar as leis e as normas sociais mais gerais.

Além disso, é sabido que, a esmagadora maioria dos brasileiros não conhece os direitos previstos na Carta Magna e que lhe são de extrema importância para o melhor convívio em sociedade. Talvez tal fato se dê pelo tamanho da nossa constituição, que excede mais de 250 artigos, uma das maiores do mundo.

É aí que se observa um elemento de extrema importância, a educação como mecanismo de combate à corrupção. A educação deve ser o meio pelo qual as noções de cidadania e direitos fundamentais devem ser disseminadas, com vistas a criar um cidadão consciente.

Segundo Marlene Da Silva Basto,

a educação constitui o alicerce para o pleno exercício da cidadania e é também uma arma no combate à corrupção, uma vez que uma educação voltada para a cidadania formará cidadãos conscientes, comprometidos com a ética e a moral, possibilitando a construção de uma sociedade mais justa, onde não prevaleçam os interesses individuais e corporativos e sim o bem comum (2011, *online*).

25 Refere-se à famosa lei de Gerson, onde “o importante é levar vantagem em tudo”.

Dessa forma, criar-se-á um ambiente onde o anseio da sociedade civil seja uma mudança de atitude na esfera individual, que vai de encontro com a vontade direcionada para a coletividade, com vistas a melhorias na educação, saúde, combate à corrupção, etc.

O professor Garcia (2008, p.3), bem ressaltou tal situação ao afirmar que “um povo que preza a honestidade terá governantes honestos. Um povo que, em seu cotidiano, tolera a desonestidade e, não raras vezes, a enaltece, por certo terá governantes com pensamento similar”.

Portanto, faz-se necessária à implementação de ações de prevenção da corrupção por intermédio da conscientização da sociedade civil do seu real papel como cidadão do país.

O combate à corrupção sistêmica, não deve ser somente fruto de uma legislação mais rígida, mas, resultado de uma nova consciência da sociedade civil, fazendo-se com que a participação popular seja mais efetiva. Isto “permitirá uma contínua fiscalização das instituições públicas, reduzirá a conivência e, pouco a pouco, depurará as ideias daqueles que pretendem ascender ao poder. Com isto, a corrupção poderá ser atenuada, pois eliminada nunca o será” (GARCIA, 2008, p. 3).

2.2 Responsabilidade dos setores privados

Nota-se que o efetivo envolvimento da sociedade civil se faz necessário no combate à corrupção sistêmica, vez que trará resultados a curto e longo prazo. Mas qual deve ser o papel das Pessoas Jurídicas no combate à corrupção?

De início é preciso frisar que as pessoas jurídicas, sejam elas de direito público ou privado, de forma geral desempenham um papel essencial em um país. A produção e desenvolvimento de produtos nos mais diversos ramos, bem como a exportação são fatores que refletem em benefício ao Produto Interno Bruto - PIB e demais setores da economia brasileira.

O que se sabe é que as corrupções sistematizadas e operantes em oculto geram lucros aos setores envolvidos, mas quando trazidos à tona apontam perdas irreparáveis. O exemplo disso são as empresas envolvidas na Lava Jato, que amargaram prejuízos milionários.

O que se pode concluir é que, com o envolvimento desses setores na corrupção sistêmica, tais empresas tiveram um encolhimento significativo tanto em patrimônio, quanto em protagonismo nacional. Mas qual seria o papel dos setores na atuação contra a corrupção?

Primeiro é importante ressaltar que a corrupção sistêmica é uma espada de dois gumes, envolve quem paga e quem recebe. Nesse caso, as empresas quando vítimas desse sistema devem não só rejeitar as condições vantajosas para obtenção de contratos com a esfera pública, bem como denunciar tais esquemas.

Segundo Santos,

O combate à corrupção por meio de boas práticas de governança corporativa tem sido associado à noção de responsabilidade social empresarial. O décimo princípio do Pacto Global das Nações Unidas estabelece que “as empresas devem combater a corrupção em todas as suas formas, inclusive extorsão e propina” (*apud* CGU, 2009, p.06). Reduzir os riscos relacionados às condutas antiéticas dos profissionais aumenta a competitividade das empresas, pois a gestão dos riscos preserva a imagem corporativa interna e externa, diminui a probabilidade de fraudes internas e gera ambiente mais seguro. A corrupção, em suas diversas formas, compromete o desenvolvimento do mercado e reduz possibilidades de lucratividade consistente no longo prazo (2013, *online*).

É preciso que o setor empresarial tenha audácia de enfrentar a pirâmide sistêmica, visando quebrar o ciclo vicioso e assim, atuar em favor de uma sociedade mais justa e transparente.

Cabe citar aqui dois exemplos internacionais, ocorridos na Itália: 1) Operação mãos limpas, que iniciou com a denúncia de um empresário, quando um diretor de um instituto filantrópico solicitou pagamento de propina para benefício de contrato público, vindo a ser uma dos maiores casos de corrupção investigado na Itália; 2) O movimento *AddioPizzo*, em português traduzido como ‘adeus, propina’, onde pequenos comerciantes decidiram não pagar propina aos mafiosos italianos, incentivando a mobilização de vários setores da sociedade italiana na luta contra a corrupção instituída pela máfia italiana.

Gubert esclarece que

Em 1992, iniciou, em Milão, aquela que viria a ser a maior operação contra a corrupção já desenvolvida na Itália, a chamada Mani Pulite. Em seu início, não se esperava que uma ação envolvendo um caso, aparentemente, isolado de pagamento de propinas envolvendo a entidade flandrônica Pio Alberto Trivulzio fosse o ponto de partida para a descoberta de uma rede de corrupção impregnada na cidade de Milão, que passou a ser conhecida como “Tangentopoli” ou “Cidade da Propina”, bem como no restante do país. (2019, *online*)

De outro lado, as empresas que estão envoltas nos esquemas de corrupção já revelados, devem assumir sua parcela de culpa nos atos praticados, se comprometendo em revelar os atos ilícitos práticos, indicando seus agentes envolvidos e reparando os valores percebidos em seu benefício.

Nesse sentido é a Lei 12.846/13, conhecida popularmente como a lei anticorrupção, que apresenta a possibilidade de

celebração de acordo de leniência com a Administração, hipótese em que prevê que a empresa venha a se beneficiar com a redução em dois terços da multa aplicável, e isenção das penas de publicação da decisão condenatória e de proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas (TOLEDO, 2015, *online*).

A delação premiada é um mecanismo judicial pelo qual um acusado colabora com as investigações, revelando detalhes do crime, como os nomes de co-participantes, localização da vítima ou detalhes que ajudam a recuperar os bens que foram perdidos por conta do crime. Em troca, o acusado pode receber alguns benefícios, como exemplo a redução da pena, o cumprimento em regimes menos gravosos e até mesmo a extinção da medida. (BLUME, 2016, *online*)

Tal legislação prevê alguns requisitos para a celebração do acordo. Vejamos a redação do art. 16, parágrafo §1º:

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento (BRASIL, 2020, *online*).

Tais ações devem ser valoradas em nosso ordenamento, como algo necessário ao processo de cura, mesmo que ao trazer à tona, tais descobertas causem impactos de curto prazo, até porque, como é do conhecimento de todo o poder público é moroso e ineficiente para atuar de maneira efetiva no combate a corrupção, e as empresas privadas tem maiores condições de dar uma resposta rápida e dizer não a corrupção (MORO, 2016, *online*).

Atuando assim, as empresas serão responsáveis, por mudar o pensamento cultural de que a corrupção sistêmica é a regra do jogo, contribuindo com a sociedade de maneira mais efetiva, visando um futuro melhor e próspero para os anos vindouros.

2.3 Governança responsável

Anteriormente, analisou-se que a sociedade precisa exercer seu papel de interessado nos resultados práticos apresentados pelo Estado. Esta mudança de postura, que vai desde a atitude no âmbito individual indo ao encontro do interesse coletivo, bem como a fiscalização da liderança governamental, representando as vontades do povo, para que este busque suprir as necessidades da sociedade de maneira responsável e ordeira, fazendo com que a representatividade seja o reflexo dos anseios da população.

Nesse ponto, destacamos outro pilar fundamental no combate à corrupção sistêmica: a governança pública responsável. Ela é quem responde pelas políticas que serão colocadas como prioritárias na gestão atuante.

Embora não se tenha consenso no conceito de “governança”, pode-se definir como governança na esfera do setor público “os mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade.” (TCU, 2020, *online*).

governança pode ser descrita como um sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sociedade, alta administração, servidores ou colaboradores e órgãos de controle. Em essência, a boa governança pública tem como propósitos conquistar e preservar a confiança da sociedade, por meio de conjunto eficiente de mecanismos, a fim de assegurar que as ações executadas estejam sempre alinhadas ao interesse público. (BRASIL, 2008, *online*)

O modelo de Governança Pública surgiu com o objetivo de apresentar respostas às questões pertinentes à governabilidade de sociedades complexas, à capacidade de financiamentos do moderno Estado social e à legitimidade estatal. Nasce, ainda, como uma alternativa a estruturas hierarquizadas de Governo e exige maior eficácia desses Governos em uma economia globalizada, atuação com capacidade máxima e respeito às normas e valores intrínsecos a uma sociedade democrática. (OLIVEIRA, 2008, *online*)

Muitos benefícios poderão ser alcançados pela boa governança do poder público, entre eles, a prestação de contas à sociedade (sociedade e Estado), a garantia da qualidade e efetividade dos serviços prestados (entes federativos, responsáveis pela aplicação de políticas públicas) e garantia da entrega de benefícios econômicos e sociais para os cidadãos (órgãos e entidades desempenhando sua função como eficácia).

Dessa forma, percebe-se que a governança responsável se inicia com o governo, que usufruindo de sua grande visibilidade e poder, ensina pelo exemplo, criando um ambiente econômico e político livre da corrupção sistêmica (MORO, 2016, *online*).

Além disso, os poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e a Sociedade, devem estar engrenados e comprometidos para que a gover-

nança pública funcione no presente e seja levado adiante no futuro pelas próximas gerações.

A consequência desta ação será o fortalecimento da governança pública, garantindo melhorias na infraestrutura do país, bem como garantindo a efetivação das políticas públicas, determinadas pela Constituição Federal de 1988. Embora não se tenha uma definição exata, pode se compreender como políticas públicas o conjunto de ações sociais, política e jurídica com objetivo de alcançar direitos sociais, bem como o desenvolvimento nacional.

Segundo Derani (2002, p. 239), essa sistematização de ações voltadas na articulação entre Estado e sociedade, “são políticas públicas porque são manifestações das relações de forças sociais refletidas nas instituições estatais e atuam sobre campos institucionais diversos, para produzir efeitos modificadores na vida social.”. E salienta que “são políticas públicas porque empreendidas pelos agentes públicos competentes, destinadas a alterar as relações sociais estabelecidas”.

Valter Foletto Santin esclarece também que

As políticas públicas são execuções das normas legais ou constitucionais, verdadeiros mecanismos de sua efetivação ou um law enforcement (reforço para execução da lei). Não são apenas atos meramente políticos ou de governo, os chamados atos de gestão. As políticas públicas são os meios de planejamento para a execução dos serviços públicos. Em todas as áreas o Estado deve possuir políticas públicas de forma clara e precisa, na busca de melhor desempenho de suas atividades estatais. (2013, p. 21).

No entendimento de Bucci (2006, p.39) as políticas públicas constituem um programa de ação governamental

que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados - processo eleitoral, processo de planejamento, processo judicial - visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

E, emenda que “a política pública deve visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.” (BUCCI, 2006, p. 39).

Percebe-se, então que são diretrizes norteadoras para que o Estado desenvolva políticas públicas direta ou indiretamente, visando dar cumprimento à realização de objetivos relevantes (previsão, planejamento, coordenação) e determinado (definição, realização e execução).

Appio enfatiza,

As políticas públicas são programas de intervenção estatal a partir da “sistematização de ações do Estado voltadas para a consecução de determinados fins setoriais ou gerais baseados na articulação entre sociedade, o próprio Estado e o mercado”. Como lembra José Reinaldo Lopes “as políticas públicas são um conjunto heterogêneo de medidas do ponto de vista jurídico”, pois envolvem a discussão de diversos ramos do Direito, tais como as leis que tratam do regime de finanças públicas, leis que regem as concessões de serviços públicos, leis de zoneamento urbano etc (2009, p. 133).

Desta forma, o governo deve trabalhar de maneira diligente, com vistas a colocar em pleno funcionamento o sistema de “acoplamento de engrenagens” fazendo com que sejam acionadas a transmissão de movimentos (governança responsável), permitindo que se tenha mais força ou maior velocidade (benefícios) para toda a sociedade, refletindo nas instituições estatais, aplicando as políticas públicas no presente, moldando a construção do amanhã.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notório que o combate à corrupção sistêmica se torna, muitas vezes, desanimador, tendo em vista a grandiosidade e tamanha engenhosidade dos corruptores para manter-se beneficiários de propinas e esquemas milionários.

Porém, cumpre frisar, que a corrupção sempre existiu e existirá num estado democrático de direito, mas que é preciso tomar uma série de me-

didadas para que sua atuação seja enfraquecida. Arrefecer só trará prejuízos para os avanços como Estado. Embora seja uma tarefa árdua, é de suma importância para o progresso da nação e a sua credibilidade estatal.

Como visto, a corrupção sistêmica é a chaga que drena os recursos públicos que poderiam ser utilizados para o desenvolvimento da nação, beneficiando milhares de brasileiros. Sendo assim, se faz necessário que a população civil mude suas atitudes, pois se houver um comprometimento de consciência cidadã de que a corrupção, seja ela pequena ou grande, compromete o desenvolvimento social e econômico da nação, então estaremos aptos para labutar no combate a corrupção, fazendo, assim, o pleno exercício de cidadania.

Importa salientar que a sociedade civil não pode colocar toda a responsabilidade sobre o judiciário, pois tal medida em longo prazo tornará ineficaz. Ademais, o combate à corrupção sistêmica, não deve ser somente fruto de uma legislação mais rígida, mas, resultado de uma nova consciência da sociedade civil. Tal combate tem início com cada cidadão, atuando da esfera individual à coletiva.

Além disso, o setor empresarial desempenha papel fundamental no combate à corrupção, já que atua constante a serviço da esfera pública, devendo servir a sociedade de maneira eficaz e honesta, pois os resultados serão certos e recompensadores.

Por fim, cumpre salientar que a governança responsável é componente fundamental na luta contra a corrupção, tendo como consequência boa, o fortalecimento da governança pública, garantindo melhorias na infraestrutura do país.

Quanto menores forem os índices de corrupção, maior será o alcance das políticas públicas. As ações de combate à corrupção sistêmica devem ser planejadas e coordenadas, e, mesmo que os resultados aparentemente sejam tímidos, em longo prazo os acertos serão visíveis e recompensadores, pois onde existe pouca corrupção, maior é o desenvolvimento da nação.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Thiago Xavier de. **Entendendo a corrupção no Brasil**. Boletim Jurídico, vol. 1.113/2013. p. 95 – 130. Out / 2013.

Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/cronicas/2769/entendendo-corrupcao-brasil>. Acesso em: 01 abr. 2020.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 1ª ed. (ano 2005), 6ª reimp. Curitiba: Juruá, 2009.

BASTO, Marlene Da Silva. **O estímulo à educação cidadã como fator primordial de prevenção e combate à corrupção**. I Concurso de Artigos Científicos da ASBAN e do FOCCO/GO. Outubro, 2011. Disponível em : <http://www.prgo.mpf.mp.br/foc-coantigo/artigos/MARLENE-DA-SILVA-BASTO.pdf> Acesso em 10 abr.2020.

BLUME, Bruno André. Delação premiada: entenda a prática que ficou famosa na Lava Jato. Site Politize, 2016. Disponível em: <https://www.politize.com.br/delacao-premiada-o-que-e/> Acesso em 10 abr. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em 09 abr. 2020.

_____. Código Penal. **Decreto lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em 09 abr. 2020.

_____. **Lei nº 12.846, de 01º de Agosto de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm Acesso em 10 abr. 2020.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Disponível em : <https://portal.tcu.gov.br/governanca/governancapublica/governanca-no-setor-publico/>Acesso em 10 abr. 2020.

_____. Tribunal de Contas da União. **Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública** / Tribunal de Contas da União. Versão 2 - Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014. 80 p. Disponível em : <https://portal.tcu.gov.br/data/files/84/34/1A/4D/43B0F410E827A-0F42A2818A8/2663788.PDF>. Acesso em 10 abr. 2020.

- BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito.** In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Coord.). Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva. 2002.
- DAMATTA, Roberto. **O que faz o brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Editora Rocco, 1994.
- DELFORGE, Thaisa Collet dos Santos. **A governança pública no combate à corrupção.** 6º Concurso de Monografias da CGU: Trabalhos premiados 2011. Brasília: Controladoria-Geral da União. ESAF, 2011. Disponível em: <http://docplayer.com.br/22621370-A-governanca-publica-no-combate-a-corrupcao.html>. Acesso em 10 abr. 2020.
- DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado.** Editora Saraiva. 9ª Ed. 2016.
- DERANI, Cristiane. **Privatização e Serviços Públicos: As Ações do Estado na Produção Econômica.** São Paulo: Max Limonad, 2002.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Corrupção no Poder Público.** São Paulo: Atlas. 2002.
- _____. **O risco da corrupção como praxe nacional.** 2015. Disponível em: fazziouridico.com.br/o-risco-da-corrupcao-como-praxe-nacional. Acesso em: 01 abr.2020.
- GARCIA, Emerson. **A Corrupção. Uma visão jurídico-sociológica.** Rio de Janeiro: TJ/RJ, 2008. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=7c2f86cc-78c2-47f0-b3b2-367435bef807&groupId=10136. Acesso em: 01 abr.2020.
- GUBERT, Maria Victória Jaeger. **Os Reflexos da Operação Mãos Limpas E do Caso Tortora na Colaboração Premiada Brasileira.** Revista da Esmesc, v.26, n.32, p. 339-362, Florianópolis – SC, 2019. Disponível em: <https://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/216/185>. Acesso em 10 abr. 2020.

GUIMARÃES, Juarez. Sociedade Civil e corrupção: crítica à razão liberal. In **Corrupção e Sistema Político no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

MELO, Vicente. Índice da Percepção da Corrupção. Transparência Internacional Brasil

Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br>. Acesso em: 09 abr. 2020.

MICHAELIS, **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. 2020. Disponível em <http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/>. Acesso em: 09 abr.2020.

MORO, Sergio Fernando. **Considerações sobre a operação Mani Pulite**. Revista CEJ. n. 26. Brasília. 2004. p. 56-62.

_____. 2016. **Sergio Moro explica a sua visão da Justiça**. Disponível em <http://exame.abril.com.br/revista-exame/sergio-moro-explica-sua-visao-da-justica>. Acesso em: 01 abr.2020.

NEVES, Marcelo. **O Supremo e o CNJ face à corrupção sistêmica**. 2013. Disponível em: www.conjur.com.br/2013-abr-20/observatorio-constitucional-supremo-cnj-face-corrupcao-sistematica. Acesso em: 01 abr.2020.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; VARESCHINI, Julietta Mendes Lopes. **Administração Pública Brasileira e os 20 Anos da Constituição De 1988: Momento De Predomínio das Sujeições Constitucionais em face do Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília – DF. Novembro de 2008. Disponível: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/06_260.pdf. Acesso em 10 abr.2020.

PEREIRA, José Matias. **Reforma do Estado e Transparência: Estratégias de controle da corrupção no Brasil**. VII Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma de Estado del la Administración Publica. Lisboa- Portugal, 8-11, Out 2002. Disponível

em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1472/4/ARTIGO_ReformaEstadoTransparencia.pdf. Acesso em 09 abr. 2020.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência na prevenção e repressão ao crime**. 2ª ed., São Paulo: Verbatim, 2013.

SANTOS, Renato Almeida dos; GUEVARA, Arnolndo Jose de Hoyos; AMORIM, Maria Cristina Sanches. **Corrupção nas organizações privadas: análise da percepção moral segundo gênero, idade e grau de instrução**. R.Admi., São Paulo, v.48, n.1, p.53-66, jan./fev./mar. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rausp/v48n1/05.pdf> Acesso em 10 abr. 2020.

SOUKI, Lea Guimarães. **A atualidade de T. H. Marshall no estudo da cidadania no Brasil**. Civitas – Revista de Ciências Sociais, v. 6, n. 1, jan.-jun. 2006. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/viewFile/21/6946> Acesso em 10 abr.2020.

TOLEDO, Marcelo Certain; FILHO, Francisco Octavio de Almeida Prado. **Considerações a respeito do acordo de leniência da lei anticorrupção**. 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/217675/consideracoes-a-respeito-do-acordo-de-leniencia-da-lei-anticorruptao> Acesso em: 01 abr.2020.

TONET, William. Viu roubar, ajudou a roubar, beneficiou do roubo mas não é ladrão?. Folha 8. Angola, 2020. Disponível em: <https://jornalf8.net/2020/viu-roubar-ajudou-a-roubar-beneficiou-do-roubo-mas-nao-e-ladrao/>. Acesso em 09 abr. 2020.

REPRESENTAÇÕES SOCIAIS DAS MULHERES NA CONTEMPORANEIDADE: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS CAMPANHAS PUBLICITÁRIAS NO BRASIL

Renata Ribeiro Bittes

Neide Aparecida Ribeiro

INTRODUÇÃO

As brasileiras sofrem com o tratamento desigual ainda nos dias de hoje, e a publicidade pode ser vista como um produto que reflete certos aspectos da sociedade, como valores e comportamento. Diante disso, pode-se afirmar que as representações trabalhadas pela publicidade constituem uma amostra do modo como são conceituadas e avaliadas as diferenças de gênero.

O papel das mulheres na sociedade é tema de discussões no universo da comunicação social, na publicidade e do Direito porque configura um dos motivos da presença feminina no mercado. A crescente emancipação das mulheres desempenha um papel relevante com poder de influência no consumo em relação a vários produtos.

Este artigo, contudo, não se preocupa exclusivamente com o aspecto das mulheres como consumidoras ou público-alvo das mensagens publicitárias, mas principalmente na forma como são representadas enquanto adultas ou adolescentes, mães, donas-de-casa e o que essas representações significam. O modo como as mulheres são repre-

sentadas é de fundamental relevância, pois quando se trata de comunicação é necessário lembrar da responsabilidade que este campo de estudo carrega junto de si. A comunicação, juntamente com as informações e as imagens, estabelece uma moldagem de comportamentos. Ou seja, o fato de as mulheres (e apenas elas, muitas vezes) assumirem papéis relativos ao lar e isso ser transmitido diariamente pelos veículos de comunicação é aceito pela sociedade.

Portanto, o estudo se concentra na publicidade televisiva e na *Internet* devido ao alcance e poder, aos exorbitantes investimentos que estas atividades comerciais geram e aos efeitos que produzem sobre o espectador e consumidor brasileiro. Para tanto, são questionados e trabalhados outros conceitos envolvidos no mesmo contexto, como a representação social e a imagem fílmica em campanhas publicitárias que expõem as mulheres na TV e na *Internet*

Diante dessas questões é necessário explicitar que o presente artigo tem natureza teórica e empírica. A pesquisa teórica, segundo Demo (2000), é dedicada a reconstruir teoria, conceitos, ideias, ideologias, polêmicas, tendo em vista, em termos imediatos, aprimorar fundamentos teóricos. A empírica é traçada com base em dados disponíveis na *Internet*, a exemplo do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR).

Ao analisar campanhas publicitárias, faz-se necessário debater alguns conceitos que fazem parte do universo da Publicidade e Propaganda. De acordo com Brisolla (2006, p.17), a palavra “publicidade” advém do latim *publicus*, que significa tornar público. Com o fortalecimento dos meios de comunicação de massa, esta palavra passou a ser utilizada com o sentido de divulgar, anunciar uma mensagem, produto ou empresa.

Brisolla (2006) explica que o termo propaganda pode ser empregado para designar a disseminação de ideias, princípios e mensagens, seja em âmbito político, religioso e comercial. Já a palavra publicidade se restringe a bens de consumo. Portanto, neste trabalho serão utilizadas as palavras publicidade e propaganda como sinônimas já que a campanha analisada é de cunho comercial (PINHO, 1988).

Desse modo, o artigo trata da objetificação e sexualização dos corpos das mulheres ao serem expostos na TV e na *Internet* para a divul-

gação e venda de várias modalidades de produtos, entre eles veículos, roupas, itens de higiene e limpeza, eletrônicos, bebidas, entre outros.

1. A RELAÇÃO DO GÊNERO E DA MULHER NA CONTEMPORANEIDADE

O estudo de gênero torna-se fundamental, pois o feminino e o masculino são tratados de forma desigual, não apenas na comunicação, mas também no contexto social. A campanha publicitária no Brasil, grande parte dos filmes e vídeos é protagonizada pelo gênero feminino.

Há autores que relacionam gênero com o conceito de identidade. Este é o caso de Randazzo (1996). Ele afirma que a identidade de gênero indica aspectos da identidade de um indivíduo que se relacionam com o gênero.

É importante esclarecer também o significado do termo “sexo” por conta da comum confusão entre os conceitos de “gênero” e “sexo”. Para Butler (2003, p. 27 *apud* MACHADO, 2006), o sexo é um atributo analítico do humano, portanto não há ser humano que não seja sexuado. A autora explica ainda que “sexo” é um atributo necessário e qualifica o ser humano. Mas ela lembra que o “sexo” causa o “gênero”: e o “gênero” não pode ser entendido como expressão ou reflexo do “sexo”.

Entretanto, muitas pesquisadoras feministas não aceitam o conceito de sexo relacionado com o natural, com os aspectos biológicos. Essa linha teórica analisa o sexo e o gênero como conceitos construídos. Para Lauretis (1994), o gênero é uma representação e a representação do gênero é a sua construção. Dessa forma, o gênero não é uma decorrência do sexo biológico. Há a construção dos gêneros e dos sexos a partir de elementos disponíveis nas sociedades que variam quanto à época. Segundo a autora, o sistema sexo-gênero não é imutável e o gênero constrói o sexo, pois o gênero é sempre fabricado e o sexo não é “pré-discursivo” (BUTLER, 2003, p. 27 *apud* MACHADO).

Butler (1984) também comenta sobre essa relação de existência das mulheres. “A verdade da Mulher é que ela não existe, a não ser como o Outro de um discurso baseado na radical exclusão d’Ela” (BUTLER, 1984, p. 156). Ou seja, as mulheres das propagandas existem para a

família. Elas existem apenas para agregar o outro. Esta questão do foco no outro é coerente nos comerciais avaliados, a exemplo da campanha publicitária veiculada na TV em 2008 do produto “Veja”.

No primeiro momento da campanha, em 2008, foram lançados três vídeos. Nos comerciais, a “neura” importuna a protagonista de cada comercial, sempre a mesma atriz, imagem em preto-e-branco e com roupa de faxina, como se fosse sua consciência. Mas, como as mulheres utilizaram Veja na limpeza e têm certeza da eficiência dos produtos, elas mandam a “neura” para longe, com frases como “chispa daqui” ou “vai dar uma voltinha”, para que a desintegralização da “neura”.

Em um dos comerciais, a protagonista recebe sua família para um almoço e a “neura” questiona se ela limpou direito o banheiro. A anfitriã responde que usou Veja X-14, Tira-limo e manda a “neura” embora. No segundo, um casal assiste à TV no sofá quando a “neura” chega para importunar a mulher, falando da cozinha engordurada. A protagonista afirma que usou “Veja Cozinha Desengordurante” e a elimina.

O terceiro comercial, se passa numa varanda, onde a mulher lê uma revista. A “neura” pergunta sobre a limpeza do piso e ela rebate, passando o dedo no chão e confirmando que utilizou “Veja Perfumes da Natureza”. Os filmes terminam com a assinatura “Veja mais a sua vida”. Dessa maneira, pode-se afirmar que representação de gêneros é uma problemática constante nos meios de comunicação e, consequentemente, na publicidade, pois aborda características limitadas.

Randazzo (1996) afirma que os publicitários podem usar anúncios para um gênero específico para reforçar o conceito de feminilidade ou masculinidade do consumidor. Segundo o autor, para se criar um anúncio dirigido a um gênero específico, os publicitários devem estar atentos aos valores e estilos de vida masculinos e femininos, pois estes estão em constante mutação. Porém, já se pode fazer uma crítica no sentido de que esta situação seria a ideal, mas a publicidade não acompanha as mudanças dos papéis sociais, já que a figura da dona de casa não é mais exclusividade feminina. Muitos homens se responsabilizam pelas atividades do lar, assumindo ou dividindo tarefas com suas companheiras.

Swain (2001) mostra a problemática quanto à representação dos gêneros nos meios de comunicação e afirma que os produtos culturais destinados ao público feminino desenham o perfil das receptoras em torno de assuntos relacionados a sua esfera específica: sedução e sexo, família, casamento, maternidade e futilidades.

Segundo Randazzo (1996), que trabalha com os mitos na publicidade, a identidade de gênero é um aspecto importante tanto na mitologia cultural, quanto na publicitária. Portanto, os autores publicitários também reconhecem a relevância do gênero nos meios de comunicação.

Para Costa (2002), as explicações dos outros autores são mal direcionadas porque a “mulher” é defendida como uma categoria histórica e heterogeneamente construída a partir de práticas e discursos. Para a autora, essa categoria deveria continuar sendo utilizada para articular as mulheres politicamente, pois assim se reconheceria também suas temporalidades e densidades divergentes.

Já a categoria “mulheres” é histórica e discursivamente construída, sempre em relação a outras categorias que também se modificam. “Mulheres” é uma coletividade volátil na qual os seres femininos podem estar posicionados de formas diferentes, de modo que não se pode confiar na aparente continuidade do sujeito “mulheres”. Essa categoria, como coletividade, seria sincrônica e diacronicamente errante, enquanto que, a nível individual, “ser mulher” também é algo inconstante, que não consegue oferecer uma base ontológica. Ainda assim, deve ser destacado que essas instabilidades da categoria são o *sine qua non* do feminismo, que de outra forma se perderia por um objeto, ficando despojado de lutas e, em resumo, sem muita vida (ILEY, 1988, p. 2 *apud* COSTA, 2002).

Este artigo utiliza o termo “mulheres” por trabalhar com representações e imagens. Não é apenas uma imagem e uma só representação. Após a discussão sobre os termos “mulher” e “mulheres”, é necessário adentrar na história que resulta em uma multiplicidade de papéis sociais das mulheres e o conceito de identidade é fundamental para a continuidade do estudo.

Segundo Barbato e Caixeta (2004, p. 30), “[...] a identidade é uma construção sócio-histórica, constantemente transformada na interação com o outro [...]”. Logo, a identidade feminina é resultado do meio

social e da história e sofre mudanças a partir da interação com o outro. Como o outro pode-se exemplificar o gênero masculino. De acordo com as autoras, o ingresso das mulheres no espaço público, antes dominado apenas pelos homens, não foi capaz de alterar o conceito de identidade feminina completamente, construído ao longo da história da humanidade.

Pode-se afirmar que algumas características ainda retomam o conceito de feminino, como sensibilidade, vaidade e maternidade. As mudanças que ocorreram acerca desse conceito, de acordo com Barbato e Caixeta (2004), foram ampliações de significados. Ou seja, foi atribuído às mulheres novas funções sociais, sem haver a perda total de características já relacionadas a elas.

Lipovetsy (1997) afirma que a extensão das atividades femininas fora do lar foi acompanhada por discursos que denunciavam seus malefícios do tipo “a mulher que se tornou operária já não é uma mulher”. Dessa maneira, o trabalho feminino nas fábricas estava associado à devassidão sexual e à degenerescência da família, considerado degradante e contrário à vocação natural das mulheres.

O autor conta que, para a burguesia, o trabalho assalariado feminino causava horror, pois era considerado sinal de pobreza. Mas nem em todas as situações se considerou as mulheres incompatíveis com a condição de assalariada. Na classe operária não era visto como desonroso o fato de as jovens contribuírem para o rendimento familiar (LIPOVESTKY, 1997).

Porém, nas sociedades pré-modernas as ocupações propriamente domésticas não ocuparam lugar preponderante nas atividades femininas. Nas camadas populares as tarefas principais das mulheres estavam mais ligadas ao exterior. “As refeições pouco complexas, varrer, limpar o pó, fazer as camas, limpar o interior, tudo isso fica para trás das atividades do campo e da alimentação do gado” (LIPOVESTKY, 1997, p. 203).

Até o século XVIII, as maneiras populares de habitar mobilizavam poucas horas de trabalho doméstico. Ajudar o marido no trabalho tinha prioridade sobre os cuidados com os filhos. O autor aponta que mesmo voltada às tarefas domésticas, não se pode propriamente dizer que as mulheres, nesse período, eram “donas-de-casa”, ou seja,

exclusivamente monopolizadas pelas tarefas do lar e pelos cuidados com os filhos.

A ideia de que o espaço público era destinado aos homens e que o privado era direcionado às mulheres ainda existe. O espaço público era encarado como trabalho, como afirmam Barbato e Caixeta (2004), mas atividades realizadas pelas mulheres no espaço privado eram compreendidas como obrigação feminina – ainda que sejam, de fato, labor.

Enquanto a industrialização nascente gerava as operárias de fábrica, o trabalho feminino assalariado desencadeava protestos em nome da moralidade, da estabilidade dos casais, da saúde das mulheres e da boa educação dos filhos. Simultaneamente, as tarefas maternas eram cada vez mais exaltadas em termos de missão e de espírito de sacrifício porque as mulheres estavam destinadas a gerar filhos, a alimentá-los e a educá-los. Dessa maneira, a mãe deveria dedicar-se inteiramente a esta função e renunciar às suas ambições pessoais, diz Lipovestky (1997).

Portanto, não existindo por si própria, a esposa-mãe-dona-de-casa não era considerada um indivíduo abstrato, autônomo, pertencente a si mesmo. Se os homens eram indivíduos livres e senhores de si, as mulheres continuavam a ser pensadas como um ser naturalmente dependente, vivendo para os outros, encaixada na ordem familiar. Para o autor, a ideologia da dona de casa foi elaborada na recusa da mulher como indivíduo, igual e independente. Ao contrário dos valores contemporâneos que celebram a livre posse de si mesma, a dona de casa está encastrada na ordem da comunidade doméstica.

Mas os primeiros anos da modernidade democrática colocaram o amor materno num pedestal e tentaram dignificar as atividades modestas que são as tarefas domésticas. “Dizia-se que um lar bem arranjado, limpo e acolhedor conserva o marido, desvia o pai do *cabaret* e das tentações do exterior e regenera a família” (LIPOVETSKY, 1997, p. 211).

De acordo com o autor, há uma ambivalência histórica acerca do modelo da dona de casa. Por um lado, ele recriou uma diferenciação máxima entre os papéis dos dois sexos, em oposição aos ideais modernos de igualdade. Mas por outro, foi acompanhado por um processo de reconhecimento e de celebração das funções femininas, inseparável das sociedades da igualdade.

A partir dos anos 60 se escreveu um novo capítulo na história das mulheres que Lipovestky (1997) chama de “pós-mulher do lar”. A partir desse período, a idade de ouro da dona de casa pertence ao passado. Após um século marcado pela depreciação da mulher ativa, instalou-se um ciclo dominado por seu reconhecimento e sua valorização social.

Na imprensa multiplicaram-se os artigos que evocavam a insatisfação das donas-de-casa, suas frustrações, a monotonia de suas vidas. As acusações não cessaram e foram radicalizadas pelas novas correntes feministas. Em um clima de contestação generalizada, a divisão não igualitária dos papéis sexuais e a destinação das mulheres às tarefas domésticas são fortemente fustigadas. Segundo Lipovestky (1997), por volta dos anos 1906, a opinião pública evoluiu maciçamente no sentido da aprovação do trabalho profissional da mulher.

Para o autor, é a recusa de uma identidade constituída exclusivamente pelas funções de mãe e de esposa que caracteriza a condição feminina pós-moderna. Mas o trabalho das mulheres casadas ainda não era bem aceito. Nos anos 60, as mulheres invocavam motivos econômicos para justificar a sua atividade profissional, ou seja, reforçar o orçamento familiar e permitir que os filhos continuassem a estudar.

Dessa maneira, a pós-mulher no lar significa muito mais que uma nova fase na história da vida doméstica e econômica das mulheres. Há uma ruptura histórica na maneira pela qual é constituída a identidade feminina, bem como as relações entre os o feminino e o masculino. Iniciou-se uma transformação no modo de socialização e de individualização do feminino, uma generalização do princípio de livre governo de si, uma nova economia dos poderes femininos. A essas características, o autor denomina a terceira mulher, assim como a desvitalização do ideal da mulher no lar, a legitimidade dos estudos e dos trabalhos femininos, direito de voto, o divórcio, a liberdade sexual, o controle da reprodução, entre outras.

Assim como a primeira mulher era diabolizada e desprezada, a segunda mulher era adulada e idealizada. Mas em todos os casos as mulheres eram subordinadas ao homem, pensadas por ele e definidas em relação a ele.

Essa segunda mulher surgiu na segunda metade da Idade Média, em que se definiam as mulheres como o belo sexo e mais próxima de

Deus, mas no campo do imaginário, pois elas continuavam a ser desprezadas. Os homens admiravam os efeitos benéficos das mulheres sobre os costumes, a delicadeza e o que eles chamavam de “arte de viver”.

Já a terceira mulher é sujeita de si mesma. A segunda mulher é uma criação ideal dos homens, e a terceira mulher é uma autocriação feminina que se caracteriza pela sua autonomização relativamente ao domínio tradicional exercido pelos homens sobre as definições e significados imaginário-sociais da mulher.

Porém, o modelo de terceira mulher não coincide com o desaparecimento das desigualdades entre os gêneros. Portanto, pode-se constatar que, atualmente, mulheres e homens são reconhecidos como donos de seu destino individual, mas isso não equivale a uma situação de permutabilidade de seus papéis e lugares.

A mulher, na maioria dos casos, continua com uma dupla ou tripla jornada de trabalho porque além de trabalhar fora ainda acumula as tarefas doméstica e de cuidar dos filhos. Entretanto, o trabalho doméstico não é valorizado e no Brasil ainda não faz parte do Produto Interno Bruto (PIB), objeto do Projeto de Lei n. 638/2019 em tramitação na Câmara Legislativa que sugere incluir a limpeza da casa, o cuidado com os filhos e os anciões da família aliados com o tempo gasto no sistema de contas nacionais, para definição e implementação de políticas públicas (BRASIL, 2019).

Diante desse cenário relativo às mulheres é essencial discutir mais especificamente a relação entre o feminino e a publicidade. Assim como nos anos 60, hoje as mulheres ainda são público-alvo de produtos que prometem a sua “libertação”, como os de limpeza, a exemplo dos vídeos de produtos de limpeza como o “Veja” ou de sexualidade como as propagandas de cervejas.

1.1 A contextualização das mulheres com a publicidade

A partir da contextualização histórica das mulheres é fundamental debater a presença delas na publicidade. Dessa forma, é notável a presença das mulheres em vários tipos de propaganda. Elas vendem praticamente tudo: perfumes, eletrodomésticos, roupas, sapatos, veículos,

bebidas alcoólicas, entre outros. Na maioria dos casos as mulheres se fazem presentes para aproximar o público-alvo do produto, ou seja, uma mulher “fala” para outra mulher, como é no caso dos produtos de limpeza e beleza, por exemplo.

Mas há também os comerciais que utilizam a figura feminina para chamar a atenção de outro público-alvo, nesse caso os homens, como acontece nas propagandas de cerveja na TV. E, ainda com esse objetivo de venda, mas realizado presencialmente, nas feiras de veículos em que o corpo feminino dentro do padrão de beleza – branco, magro e jovem – é erotizado por meio de roupas curtas e tem a única função de atuar como “enfeite” junto a cada carro exposto.

Esse padrão de beleza baseado no perfil físico da mulher europeia permaneceu no Brasil até 1980 que, lentamente está se modificando com a inclusão das mulheres negras no mercado de trabalho e nas relações de consumo, como afirmam os autores ao dizer que:

Na publicidade, era possível ver a mulher negra como a empregada doméstica, que ajudava a patroa a comprar determinado produto para a limpeza ou para a alimentação. [...] Desse modo, a invisibilidade e deturpação da imagem de mulheres e homens negros na publicidade eram assuntos praticamente intocáveis, velados (WINCH; ESCOBAR, 2012, p. 233).

Gonzalez (1980) complementa que diferentemente das oportunidades de trabalho e ascensão social das mulheres brancas, as mulheres negras historicamente ficaram à deriva e à margem da sociedade. Além de serem invisíveis nos trabalhos realizados como empregadas domésticas, cozinheiras ou babás, ainda lidam com o preconceito do racismo. A autora exemplifica que é no carnaval que a mulher negra tem o “*glamour*” no falso mito da democratização e da inserção social.

Por outro lado, Siqueira (1995) enfatiza que a dupla-jornada de trabalho no cotidiano das mulheres faz que com as empresas voltem olhares para o mercado feminino na busca de usufruir das vantagens lucrativas da venda de seus produtos. Wolf (1992) diz que as mulheres trabalham duas vezes mais que os homens. “As novas responsabilidades relacionadas à atividade profissional externa, no

entanto, não a liberaram da maioria das atividades domésticas” (SIQUEIRA, 1996, p.16).

Ramos (2006) alerta para o fato de que as mulheres brasileiras são expostas a muitas representações que vêm do exterior. Porém, mesmo os anúncios nacionais não exploram a diversidade de cores, tipos e biotipos das mulheres brasileiras. Para a autora, se a publicidade não cria o imaginário, ela pode reforçá-lo pela repetição e pela agregação de valores e ideias vistas como positivas. Dessa maneira, algumas representações e estereótipos podem se solidificar no senso comum pela repetição. Elas se naturalizam e transformam em realidades dadas.

De acordo com Siqueira (1996), a publicidade parece não enfatizar as mulheres adultas em suas múltiplas e diversificadas atividades diárias. A autora afirma que o preocupante não é o fato de as mulheres serem retratadas como mãe e/ou dona de casa, mas o de aparecerem quase exclusivamente nesta função.

Siqueira (1995) ainda cita alguns estereótipos constantemente veiculados na publicidade televisiva: a mulher como mãe e “rainha do lar”, o mito da fragilidade feminina e, de forma velada, as sugestões da incompetência feminina para dirigir e executar tarefas consideradas masculinas. Segundo a autora, os comerciais enfatizam, junto com outras forças sócio-culturais, o modo de viver e os comportamentos das mulheres, assim como estabelecem para as crianças os padrões mais aceitáveis e esperados de diferenciação entre os sexos.

2. OS MEIOS DA DIFUSÃO IMAGÉTICA DA MULHER NAS PROPAGANDAS

Pode-se dizer que um dos meios de comunicação de massa que mais propaga as representações sociais é a televisão, pois além de ter o discurso verbal como elemento fundamental, usa também a imagem. Giddens (2002) afirma que as imagens visuais que a televisão, o cinema e os vídeos apresentam criam experiências através da mídia que não estão disponíveis na palavra impressa. Além de a TV ser um meio de comunicação de massa que exhibe exaustivamente as representações sociais, pode-se dizer também que ela é importante e está presente na rotina de muitos indivíduos, tanto no Brasil quanto no mundo.

Além da televisão, a *Internet* é outro meio que as mulheres podem ser vistas em comerciais de diversos produtos. Com a disseminação das redes sociais, os comerciais aparecem em inúmeras plataformas.

Sobre esta questão as seções 2.1 e 2.2 abordam onde as imagens das mulheres são difundidas e propagadas e os principais meios de controle que podem prevenir o abuso cometido por empresários e meios de comunicação relacionados à propaganda e a publicidade.

2.1 Os espaços de propagação das imagens dos corpos femininos

As informações transmitidas pela TV tendem a serem feitas para grandes públicos. Bourdieu (1997) afirma que a televisão tem uma espécie de monopólio de fato sobre a formação das cabeças de uma parcela muito importante da população. Fiske (1987) vai além e discorre que a televisão é um veículo cultural popular e que trabalha na tentativa de homogeneizar a variedade para que um programa possa alcançar vários tipos de públicos, audiências. Ela tenta trabalhar no que os diferentes tipos de audiência têm em comum, mas também deixa espaço para as diferenças aparecerem nas entrelinhas do programa.

Bourdieu (1997) também explica que o mundo social está cada vez mais ligado à televisão. “Caminha-se cada vez mais rumo a universos em que o mundo social é descrito pela televisão. A televisão se torna árbitro do acesso à existência social e política” (BOURDIEU, 1997, p. 29). É fundamental observar que o autor publicou a obra antes dos anos 2000, portanto pode-se dizer que após esse período houve um crescimento da *Internet* e o mundo social também está conectado (RIBEIRO, 2019).

O autor mostra ainda, alguns efeitos dessa relação estreita entre a TV e o mundo social. Ele diz que a televisão convida à dramatização, pois transmite em imagens um acontecimento ao exagerar a importância, a gravidade e o caráter dramático, trágico (BOURDIEU, 1997). Fiske (1987) ratifica que esse meio de comunicação de massa faz parte das transformações sociais, o que prova que a TV exerce, sim, um poder diante da sociedade, mas que não atua estritamente sob o poder constituído.

Assim como o poder simbólico, a TV, semelhante a outros veículos de comunicação, também tem uma espécie de poder de construção de realidade. O simbólico faz isso por meio das classificações. Sobre a atuação na sociedade, Giddens (2002) cita que a mídia oferece acesso a ambientes com os quais o indivíduo pode entrar em contato; ao mesmo tempo algumas barreiras entre ambientes que eram antes separados são superadas. Ou seja, o público, muitas vezes, tem a oportunidade de conhecer outros lugares a partir da representação dos mesmos por intermédio da televisão.

Dessa maneira, os vídeos da campanha de produtos de limpeza têm um considerável alcance por meio da TV. A marca VEJA por exemplo, mostra, para milhares de brasileiros, que é a solução para os problemas femininos já que deixa o processo de limpeza mais rápido. E ao mesmo tempo afirma que cabem às mulheres o uso dessa solução.

2.2 A mudança gradual das propagandas que envolvem a mulher e as relações de consumo

Gonzalez (1980) ilustra a propaganda veiculada em 1978 na TV, intitulada “Sardinha 88” protagonizada pela modelo Adele Fátima, que mostrava a modelo dançando de frente e rebolando de costas na praia, ao mesmo tempo que vários homens degustavam o produto (sardinha).

Entretanto, é natural que as empresas queiram alcançar o maior número de consumidores mediante o uso de propagandas que envolvam a imagem de mulheres. Com as modificações das relações de consumo no Brasil mediante a implementação do Código de Defesa do Consumidor, é vedada a veiculação de propaganda enganosa ou abusiva (BRASIL, 1990).

Até 1990, o Brasil ainda não contava com normas reguladoras e de controle para eventuais reclamações. Todavia, essa possibilidade de conter e prevenir excessos na publicidade pode ser exemplificada na propaganda postada em rede social, motivo de requerimento de um consumidor e excluída posteriormente do portal, do lançamento de um produto da empresa “Laçarote *Petit*” que vende roupas infantis, como se vê no julgado do CONAR:

Postagem em redes sociais de loja virtual atraiu queixa de consumidor por considerar que é ilustrada com fotos de crianças e adolescentes traçados e maquiados como adultos portando taças de vinho. Para o denunciante, é situação de todo incompatível com a idade das modelos. Em sua defesa, a Laçarote Petit informou que as fotos foram produzidas na presença dos pais, tendo sua exibição suspensa tão logo a anunciante recebeu comentários negativos a respeito. A defesa encerrou se desculpando pelo ocorrido. A relatora propôs a sustação do anúncio, sendo acompanhada por unanimidade.

Representação CONAR n. 279/2020.

Anunciante: Laçarote Petit.

(Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 01 abril 2020, 17h40m.)

A objetificação e sexualização do corpo da mulher tem sido alvo constante de reclamações dos consumidores. Como exemplo, as empresas de bebidas alcoólicas como as cervejarias das marcas “Skol”, “Brahma”, “Schin” e “Itaipava”, já se utilizaram de imagens de mulheres de corpos esculturais nos comerciais de TV. Entretanto, os movimentos feministas e as reclamações dos consumidores têm modificado este cenário de exploração da objetificação e sensualização do corpo da mulher para atender aos princípios da igualdade e do respeito entre homens e mulheres.

Desse modo, o controle social das propagandas e publicidade de várias marcas que lançam seus produtos na TV ou na *Internet* é um ganho considerável para as mulheres no que diz respeito à vedação de práticas abusivas e a papel que desempenham em várias esferas da sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A preocupação principal deste trabalho foi as representações sociais das mulheres quando são expostas em campanhas publicitárias na TV e na *Internet*. Como já foi afirmado, a representação de gêneros é uma problemática constante na televisão e na *Internet* por abordar caracterís-

ticas limitadas. Dessa maneira, o gênero feminino é representado nos comerciais de uma forma precária, pois para ser mulher não importam questões que não estejam relacionadas com limpeza e maternidade.

Siqueira (1995) ainda alerta que a publicidade além de refletir a sociedade também a influencia. Quanto à venda de bens de consumo, as empresas buscam atender ao que elas acreditam como expectativas de uma sociedade com seus padrões de comportamento estabelecidos. A publicidade cria culturas, referências, modelos, padrões de comportamento. Ela influencia como também é influenciada, o que demonstra que a campanha de Veja estava atrasada, pois as escolhas feitas não refletem o real.

Pode-se afirmar que os objetivos deste artigo foram alcançados, ao ter respondido de que forma as campanhas publicitárias representam as mulheres brasileiras contemporâneas capazes de reclamarem pelos direitos que lhes assistem como protagonistas da história e não meramente como objetos de desejos ou pelos préstimos nos afazeres domésticos. As mulheres, aos poucos, têm conseguido o respeito de outras mulheres e também dos homens. As empresas, por seu turno, devem acompanhar esse novo ritmo sob pena de terem que arcar com despesas de propaganda e publicidade em duplicidade ao serem obrigadas a excluir um comercial por não ter sido aceito pelos consumidores.

Quem ganha com as tendências da mudança de paradigma do modelo da propaganda e inserção de todas as mulheres no mercado da publicidade somos todos nós, enquanto sociedade, usuários da *Internet* e da TV na percepção dos novos rumos que a imagem da mulher pode reverter em garantias para todas as mulheres no que concerne ao respeito e à igualdade de direitos e obrigações.

REFERÊNCIAS

BARBATO, Silvine; CAIXETA, Juliana Eugênia. Identidade Feminina – Um Conceito Complexo. **Paidéia**, Ribeirão Preto, v.14, n. 28, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-863X2004000200010&script=sci_arttext. Acesso em: 8 mar. 2020.

BARTHES, Roland. **Aula**. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. 14 ed. São Paulo: Cultrix, 1997.

BARTHES, Roland. A mensagem publicitária. Tradução de Mario Laranjeira. In: _____. **A Aventura Semiológica**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 197-203.

BRASIL. **Lei nº. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm.

Acesso em: 02 abril 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº. 638 de 2019**. Dispõe sobre a inclusão da economia do cuidado no sistema de contas nacionais, usado para aferição do desenvolvimento econômico e social do país para a definição e implementação de políticas públicas. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2191678> Acesso em: 13 abril 2020.

BRISOLLA, Márcia Regina Santos. **Representação Da Mulher Na Campanha Pela Real Beleza Dove: Um Estudo Dos Processos De Significação Em Mensagens Publicitárias**. Goiânia. 2006. Dissertação (Mestrado em Cultura Visual) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2006.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro. Editora Bertrand Brasil, 1989.

BOUDIEU, Pierre. **Sobre a Televisão**. Tradução de Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro. Jose Zahar Editor, 1997

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges; revisão Paulo Vaz. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CONAR. Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 02 abril 2020.

COSTA, Claudia de Lima. O sujeito no feminismo: revisitando os debates. **Cadernos Pagu**. v.19, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332002000200004>. Acesso em: 6 mar. 2020.

DEMO, Pedro. **Pesquisa e construção do conhecimento**: metodologia científica no caminho de Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.

DEMO, Pedro. **Metodologia do conhecimento científico**. São Paulo: Atlas, 2000.

FISKE, John. **Television Culture**. New York. Routledge, 1987.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor, 2002.

GONZALEZ, Lélia. Racismo e sexismo na cultura brasileira. **Revista Ciências Sociais Hoje**. Anpocs, 1984, p. 223-244. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4584956/mod_resource/content/1/06%20-%20GONZALES%2C%20L%-C3%A9lia%20-%20Racismo_e_Sexismo_na_Cultura_Brasileira%20%281%29.pdf. Acesso em: 13 abril 2020.

LIPOVETSKY, Gilles. **A Terceira Mulher**: Permanência e Revolução do Feminino. Tradução de Maria João Batalha Reis. Lisboa: Éditions Gallimard, 1997.

MACHADO, Liliane Maria Macedo. **E a Mídia criou a Mulher**: como a tv e o cinema constroem o sistema sexo/gênero. Disponível em: <http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/3409/1/Liliane%20MariaMacedo%20Machado.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2020. 14:13

Mundo das Marcas. **Veja Multi-Uso**. Disponível em: <http://mundo-dasmarcas.blogspot.com.br/2009/08/veja-multi-uso.html>. Acesso em: 06 mar. 2020. 16:32

RAMOS, Krishna Figueiredo de Almeida. **Sedução e desejo** – representações da mulher nos anúncios de perfumes femininos.

Dissertação (Mestrado em Imagem e Som) – Universidade de Brasília. Brasília, 2006. Disponível em: <http://bdtd.bce.unb.br/tesesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1889>. Acesso em: 27 fev. 2020. 16:21.

RANDAZZO, Sal. **A criação de mitos na publicidade**: Como publicitários usam o poder do mito e do simbolismo para criar marcas de sucesso. Tradução de Mario Fondelli. Rio de Janeiro: Rocco, 1996.

PINHO, J. Benedito. **Comunicação em marketing**. Campinas: Papirus, 1988.

RIBEIRO, Neide Aparecida. **Cyberbullying**: práticas e consequências da violência virtual na escola. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

SILVA, Merli Leal. **Programas Femininos em Televisão**: perspectivas multiculturais. Rastros, Brasil, v. 3, n. 3, 2001. Disponível em: <<http://www.revistas.univerciencia.org/index.php/rastros/article/view/6057/5523>>. Acesso em: 19 fev. 2020.

SIQUEIRA, Flailda Brito Garboggini. **A mulher margarina**: Uma representação dominante em comerciais de tv nos anos 70 e 80. 161 f. Dissertação (Mestrado em Multimeios) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1995. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=-vts00009380>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

SWAIN, Tania Navarro. Feminismo e representações sociais: a invenção das mulheres nas revistas “femininas”. **História**: Questões & Debates. Editora da UFPR, Curitiba, n. 34, p. 11-44, 2001. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=t%C3%A2nia+navarro+swain+representa%C3%A7%C3%A3o++e+feminismo+++&source=web&cd=4&ved=0CD4QFjAD&url=http%3A%2F%2Ffojs.c3sl.ufpr.br%2Ffojs%2Findex.php%2Fhistoria%2Farticle%2Fdownload%2F2657%2F2194&ei=VKU_T8SAF8iTtwf_qezABQ&usg=AFQjCNGYRtMMTmU6bgjh0CEVuU25rWbg1w> Acesso em: 2 mar. 2020.

WOLF, Naomi. **O Mito da Beleza**. Rio de Janeiro: Rocco. 1992.

WINCH, Rafael Rangel; ESCOBAR, Giane Vargas. Os lugares da mulher negra na publicidade brasileira. **Cadernos de Comunicação**. v. 16. jul. dez. 2012. p. 227-244. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/ccomunicacao/article/view/8229> Acesso em: 13 abril 2020.

Xô, neura! (JWT - Veja). Portal da Propaganda, 5 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.portaldapropaganda.com/vitrine/tvportal/2007/01/0037?data=2007/02>>. Acesso em: 17 fev. 2020. 13:45.

ANÁLISE DA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA APLICADA AO DIREITO AMBIENTAL

Maria Luísa Oliveira Elias Santana

Alexandre Tsuyoshi Nakata

1. INTRODUÇÃO

À medida em que as relações sociais se aprimoram verifica-se a necessidade da legislação a elas se conformar, para manter a efetividade do desenvolvimento social e econômico. No campo ambiental, a cada dia surgem novas atividades e novas tecnologias, cada uma com impactos diferentes sobre o meio ambiente e sobre a qualidade de vida da população.

Diante desse cenário, a atual crise econômica do Brasil acompanhada por uma forte crise política em meados de 2014 têm sido motivo para elaboração de novas leis que visa a reestruturação desse panorama. A respeito disso, foi criada a Medida Provisória nº 881, atual Lei nº 13.874, objeto de análise do presente artigo.

Dentre as inúmeras alterações trazidas nos diversos aspectos societários, trabalhistas ou fiscais, se destaca a flexibilização de formalidades para empresas que exerçam as atividades de baixo risco.

Atualmente, a Lei nº 13.874/2019 regulamenta a proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica. Com seu advento, as atividades consideradas de baixo risco não serão submetidas a quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica,

por meio da dispensa de alvarás de atividades com menor potencial ofensivo.

Desse modo, propõe-se investigar, se a flexibilização dessas formalidades apontadas, será eficaz para promover a função social da empresa e alavancar a economia sem degradar o meio ambiente, tendo em vista a dificuldade em estabelecer critérios assertivos sobre o dano ambiental.

Por uma pesquisa bibliográfica, adotando as obras de Paulo Bessa Antunes e Celso Antônio Pacheco Fiorillo como fundamento teórico, emprega-se o método lógico dedutivo e pondera os reflexos direto no campo do Direito Ambiental. Pelo desenvolvimento, conclui-se que a flexibilização buscada pela Lei ainda não é muito usual e gera dúvidas quanto as consequências jurídicas desta, que poderão ser avaliadas com o passar do tempo.

Para o desenvolvimento da pesquisa será utilizado o método lógico dedutivo com análise de doutrinas, mais especificamente em artigos científicos e revistas científicas digitais, por se tratar de um tema atual. Entende-se por método lógico dedutivo, o método que busca a verdade através do raciocínio lógico. Assim, por ser um tema com estudo baseado na Medida Provisória convertida em Lei, é necessária uma apreciação do meio em que está inserida para um parecer convincente, delimitando sua efetividade. Dessa forma, de maneira introdutória, o estudo se inicia com apontamentos relevantes disposto na Constituição Federal de 1988, tendo em vista ser a lei maior do Estado.

2. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

A proteção ao meio ambiente como um dever de todos está disciplinada no art. 225 da Constituição Federal de 1988. O mencionado artigo impõe ao poder público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. O §1º em conjunto com o inciso V do aludido artigo incumbe ao poder público “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”, para assegurar a efetividade desse direito.

Paulo Bessa Antunes explana:

A Constituição tem como um de seus princípios reitores a dignidade da pessoa humana e, portanto, a ordem jurídica nacional tem como seu centro o indivíduo humano a proteção aos animais e ao meio ambiente é estabelecida como uma consequência de tal princípio e se justifica na medida em que é necessária para que o indivíduo humano possa ter uma existência digna em toda plenitude (ANTUNES, 2017, p. 2).

Segundo Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

Em face da sistematização dada pela Constituição Federal de 1988, podemos tranquilamente afirmar que o conceito de meio ambiente dado pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente foi recepcionado. Isso por que a Carta Magna de 1988 buscou tutelar não só o meio ambiente natural, mas também o artificial, o cultural e do trabalho (FIORILLO, 2018, p. 32)

Paralelamente, o art. 170 da carta magna elenca como princípio da ordem econômica a defesa do meio ambiente para assegurar a existência digna de todos. Além dos dispositivos constitucionais citados, se verifica a existência de outras legislações afim de preencher as lacunas e delinear melhor o objetivo constitucional, de acordo com o art. 23 do texto constitucional.

3. LICENÇAS, ALVARÁS OU AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO

A Política Nacional do Meio Ambiente em seu art. 2º dispõe que “tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana”. Em seguida no inciso V menciona o “controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras”.

Em relação as atividades potencial ou efetivamente poluidoras que se trata a Lei, os artigos 9º e 10º expressa a necessidade do licencia-

mento ambiental. O conceito de licenciamento ambiental é tratado na Resolução n. 237/97:

Art. 1o (...) I — Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

Farias explica:

De fato, o licenciamento ambiental deve ser compreendido como o processo administrativo no decorrer ou ao final do qual a licença ambiental poderá ou não ser concedida. Cada etapa do licenciamento ambiental deve terminar com a concessão da licença ambiental correspondente, de maneira que as licenças ambientais servem para formalizar que até aquela etapa o proponente da atividade está cumprindo o que a legislação ambiental e o que a administração pública determinam no âmbito do procedimento de licenciamento ambiental. (FARIAS, 2012, p. 2)

De acordo com o art. 10º da Lei nº 6.938/81, a necessidade do licenciamento ambiental se faz quando além da atividade ser efetiva e potencialmente poluidora se utilizar de recursos ambientais ou capazes de gerar degradação ambiental, de acordo com o mencionado artigo “a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental”.

O conceito de recursos ambientais está disciplinado no art. 3º, V da mesma Lei e entende-se por recursos ambientais “a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora”.

Os incisos II e III, entendem como parte do meio ambiente, além da poluição, qualquer atividade que o possa degradá-lo:

[...] a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

O ponto fundamental é o inciso IV, em que classifica como poluidor “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”. A esse respeito, tendo em vista o conceito muito amplo de meio ambiente, se torna difícil distinguir o risco que uma atividade possa representar para o mesmo. Para Farias (2012), essa conceituação merece destaque porque enfatiza uma concepção bastante ampla de meio ambiente, ao considerar também os elementos econômicos, estéticos, sanitários e sociais e não somente os naturais.

Diante disso, a Resolução n. 237/97, elaborou um anexo que define as atividades da qual serão submetidas ao licenciamento ambiental.

3.1. Atividades de baixo potencial ofensivo

As atividades de baixo potencial ofensivo antes da promulgação da Lei 13.874 eram aquelas que não constavam no rol do anexo da Resolução do Conama. Assim, se interpretava que na ausência desta e não se enquadrando como atividade de grande potencial ofensivo não havia a necessidade do licenciamento ambiental, sendo submetida apenas a vistorias com expedição de alvará de funcionamento. Em casos em que fosse necessária alguma readequação perante o Município, Corpo de Bombeiros ou Vigilância Sanitária, era concedido um prazo para o empreendedor se adequar aos requisitos de segurança sanitária, metrologia, controle ambiental e prevenção contra incêndios para continuar a exercer sua atividade.

Com o advento da Lei 13.874 as atividades de baixo risco foram definidas pela Resolução CGSIM nº 51. Diante dessa Resolução, as atividades foram definidas como A, B e alto risco, as atividades de baixo risco ou risco A são dispensadas de qualquer controle estatal, as atividades de médio risco ou risco B, terá a emissão automática de licenças e alvarás para os exercícios das atividades, e caberá vistoria posterior, e por fim as atividades de alto risco exigirão vistoria anterior para o funcionamento.

Para fins da Resolução entende-se por atividade de alto risco aquelas não estão previstas nos anexos de baixo e médio risco trazidos pela Resolução CGSIM nº 51.

3.2. Dimensão do dano ambiental das atividades consideradas de baixo potencial ofensivo

A questão a ser analisada em matéria ambiental é como considerar se uma atividade possui baixo, médio ou alto risco se existe uma dificuldade em conceituar o dano ambiental. Indaga-se quais critérios foram utilizados para por exemplo, classificar uma atividade de edição de jornais diários ou um comércio varejista de matérias elétricos como atividades de baixo risco como classificou a Resolução CGSIM nº 51, uma vez que, ambos os exemplos possuem capacidade para poluir ou degradar o meio ambiente.

O autor Fiorillo (2013) responde:

Esses critérios preveem especificações para cada categoria de projetos no que se refere aos cuidados com as populações atingidas pelas construções; à observação das condições de trabalho, dos níveis de poluição e das emissões de gases de efeito estufa; à realização de consultas públicas para verificação da viabilidade do projeto, entre outros. (FIORILLO, 2013, p. 93)

É sabido que não há legislação específica que conceitue o dano ambiental, no entanto o art.3º da Política Nacional do Meio Ambiente conceitua a degradação e poluição ambiental. Grande parte das doutrinas se posicionam no sentido que o dano ambiental é um

conceito socialmente construído e os instrumentos capazes de prevenir o dano é por meio do princípio da prevenção, orientado pelo princípio da reparação integral, insculpido no art. 944 do Código Civil. De acordo com Fiorillo (2013):

Dessa feita, o termo dano constitui um dos alicerces essenciais da responsabilidade civil, de modo que se faz imprescindível conceituá-lo. Primeiramente, é importante ressaltar que inexistente, a nosso ver, relação indissociável entre a responsabilidade civil e o ato ilícito, de forma que haverá dano mesmo que este não derive de um ato ilícito. Observemos a seguinte situação: suponhamos que uma determinada empresa X emita efluentes dentro do padrão ambiental estabelecido pelo órgão competente. Admitindo que a fauna ictiológica seja contaminada pela referida descarga de dejetos, há, indiscutivelmente, apesar de empresa ter agido licitamente, o dever de indenizar, pois, em face da responsabilidade objetiva, verifica-se apenas o dano (contaminação da biota) com o nexo de causalidade (oriundo da atividade da empresa), para que daí decorra o dever de indenizar. Dessa forma, o conceito que se coaduna com o aqui exposto é o de que dano é a lesão a um bem jurídico. Ocorrendo lesão a um bem ambiental, resultante de atividade praticada por pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que direta ou indiretamente seja responsável pelo dano, não só há a caracterização deste como a identificação do poluidor, aquele que terá o dever de indenizá-lo. (FIORILLO, 2013, p.64,65)

Com relação ao princípio da prevenção o mesmo autor leciona:

Trata-se de um dos princípios mais importantes que norteiam o direito ambiental. De fato, a prevenção é preceito fundamental, uma vez que os danos ambientais, na maioria das vezes, são irreversíveis e irreparáveis. (FIORILLO, 2013, p.67)

Nesse sentido, para fins práticos, a ideia de classificar atividades com maiores ou menores ofensividades parte de aspectos econômicos. Para o direito ambiental, porém, isso não se torna eficaz, tendo em

vista que se o dano ambiental ainda é uma incógnita de mensurar e, se o pensamento ambiental é voltado para a o princípio da prevenção, a dispensa do controle estatal nesse quesito prejudicará a efetivação desta premissa fundamental.

4 LEI 13.874/2019 APLICADA AO DIREITO AMBIENTAL

Dentre as inúmeras alterações trazidas seja nos aspectos societários, trabalhistas ou fiscais, se destaca a flexibilização de formalidades para empresas que exerçam as atividades de baixo risco. Nesse sentido, infere-se que a nova Lei trouxe a dosimetria do risco da atividade econômica, ou seja, aquelas classificadas como “baixo risco” poderão ser exercidas sem qualquer ato de liberação a ser expedido por ente governamental.

Da análise da Lei nº 13.874/19 em conjunto com a Lei 6.938/81 que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente que criou o Sistema Nacional do Meio Ambiente se verifica um conflito entre normas, mais especificamente quanto ao art. 10 da Lei 6.938/81.

O referido art. 10 da Política Nacional do Meio ambiente legisla que toda atividade econômica capaz de degradar o meio ambiente está sujeita a controle estatal, independentemente de ser baixo, médio ou alto risco. Nesse raciocínio, a atual Lei 13.874 vem em confronto no sentido de que as atividades de baixo risco não serão submetidas a controle estatal.

É certo que o art. 225 da Constituição Federal de 1988 estabelece que é dever da sociedade atuar na defesa do meio ambiente, no entanto, por análise das legislações existentes, bem como dos procedimentos necessários para implementação de atividade com fins lucrativos no Brasil, se verifica uma gama de obstáculos que interferem a concretização da atividade econômica.

Assim, a ideia trazida pela Lei 13.874 tende de ser uma tentativa em diminuir a burocracia para que pequenas empresas de baixo potencial ofensivo tenham estímulo para desenvolver atividade econômica.

Nesse sentido, correlacionando os art. 225 e 170 da Carta Magna o doutrinador Luis Paulo Sirvinkas aduz:

Em outras palavras, isto implica dizer que a política ambiental não se deve erigir em obstáculo ao desenvolvimento, mas sim em um de seus instrumentos, ao propiciar a gestão racional dos recursos naturais, os quais constituem a sua base material (SIRVINKAS, 2018, p.162)

Nesse sentido, se debate acerca do princípio da função social da empresa, pois exige necessária compreensão da sua dimensão, haja vista que se trata de um conceito amplo que consubstancia em valores que estruturam todo o ordenamento jurídico.

As expectativas consistem em um desenvolvimento próspero para alavancar a economia brasileira. Respectivamente se percebe a tentativa de promover a função social da empresa na promoção de uma sociedade mais justa e igualitária, visto que a atividade empresária é de suma importância para o bom andamento da coletividade.

Nesse aspecto, apenas extrair as modificações trazidas pela referida Lei exposta não é o ponto de partida para entender as possíveis transformações isoladas na sociedade, mas sim compreender o contexto atual e nos obstáculos existentes na promoção de uma sociedade justa e igualitária que é o objetivo primordial da Constituição Federal de 1988.

A Lei 13.874/19 dispõe aspectos para evitar o travamento da atividade econômica numa tentativa de reduzir os conflitos entre Estado, empresa e meio ambiente. Há que se considerar que a problemática a ser investigada é se diminuir a burocracia será eficaz para promover a função social da empresa e alavancar a economia sem degradar o meio ambiente, tendo em vista a dificuldade em estabelecer critérios sobre o dano ambiental.

O dano ambiental como exposto anteriormente ainda é algo de muita discussão no ordenamento jurídico, uma vez que sendo uma incógnita de mensurá-lo o desafio de responsabilizar aqueles que o degradam se torna ainda mais complexo, portanto, ao mesmo tempo em que a Lei da liberdade econômica quer propiciar uma desburocratização da atividade econômica é preciso se atentar se mesmo as atividades consideradas de baixo risco ou de menor potencial ofensivo devem se isentar de controle estatal, uma vez que, a dificuldade em avaliar a ex-

tensão de uma atividade como sendo de baixo ou grande risco e os seus danos futuros é difícil e desconhecida.

Por todo o exposto ficou evidenciado que a criação da Lei 13.874 foi uma alternativa para se reduzir as desigualdades empresariais, pois é notório que uma empresa com maior capital social tem melhor acesso ao controle estatal. Assim, antes da Medida Provisória nº 881, que se transformou em Lei 13.874/19 as atividades de “baixo risco” tinham a necessidade apenas de liberação de atos públicos (alvarás, autorizações, etc.), após a promulgação da Lei, as atividades consideradas de “baixo risco” são dispensadas desses atos públicos, mais especificamente quanto ao controle estatal.

Conforme foi demonstrado ao longo do texto, a iniciativa é reduzir a burocracia das empresas de menor potencial ofensivo a se instalarem no mercado econômico e permanecerem fixas para alavancar a economia, na tentativa de fomentar a economia e ao mesmo tempo cumprir com a função social da empresa.

A grande questão a ser estudada é como ficará a responsabilização ambiental dessas empresas consideradas de baixo risco, alternativa trazida pela MP da liberdade econômica. De outro lado, foi demonstrado que o dano ambiental é uma incógnita a ser decifrado, tendo em vista a extensa dificuldade em ser mensurado, portanto, isentar as empresas de “baixo risco” assim denominadas de se submeterem a um controle de fiscalização pode contribuir com uma degradação ao meio ambiente silenciosa, somente perceptível pelas futuras gerações.

4.1. Isenção do controle estatal para as atividades de baixo risco

Salienta que um dos princípios da ordem econômica trazido pelo art. 170 da Carta Magna consiste na “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”.

Por uma análise do texto constitucional se verifica que este princípio deverá ser aplicado em todas as situações. No caso da Lei 13.874 existe uma tentativa em favorecer os pequenos empresários de se sub-

meterem a atos de deliberação do poder público, pois geralmente estes exercem atividades pequenas.

O inciso I, do art. 2º da Resolução CGSIM nº 51 assevera que o “efeito específico e exclusivo é dispensar a necessidade de todos os atos públicos de liberação da atividade econômica para plena e contínua operação e funcionamento do estabelecimento”.

Diante disso, o que se questiona é como a ordem econômica atuará na defesa do meio ambiente ao dispensar a necessidades de todos os atos públicos anteriormente necessários.

4.2. Eficácia da Lei 13.874

Inobstante e como já mencionado no texto para fins práticos, a ideia de classificar atividades em maiores ou menores ofensividades é usual se pensar apenas nos aspectos econômicos.

Para o direito ambiental essa tratativa não se torna eficaz, tendo em vista que se o dano ambiental ainda é desconhecido e difícil de mensurá-lo. Portanto, se o pensamento ambiental é voltado para a o princípio da prevenção com a dispensa do controle estatal será ainda mais difícil de prevenir e atingir esse objetivo.

Assim como é sabido a ética, a moral e a política juntamente com a proposta de promover a função social da empresa no âmbito de fazer cumprir as leis e a preservação do meio ambiente deverá ser estimulada aos empresários.

Nesse patamar, deverá explorar a mudança de cultura social, uma vez que é a base para uma sociedade sólida e ética. Nesse âmbito, é preciso conhecer primordialmente as relações econômicas como um todo, suas atividades, finalidade e melhor aplicabilidade.

Especificamente, quanto ao que foi exposto, emprega-se entender se o regulamento estatal juntamente com a sociedade abre portas para que as empresas conquistem seu papel social, tendo em vista a busca por uma sociedade justa e igualitária, e a preservação do meio ambiente.

Há que se considerar que o princípio da dignidade não foi inserido no texto constitucional apenas como um direito fundamental, mas como um princípio fundamental, elencado no artigo 1º, inciso III. É nesse panorama que se apresenta como uma norma jurídica de valor

fundamental, indicativa de eficácia e aplicabilidade. Assim sendo, a importância é justamente a percepção de que o conceito econômico, empresa e empresário, permanecem em constante modificação, e pode se afastar da sua função primordial que é geração de lucros quando existem obstáculos a serem driblados.

A sociedade em conjunto com o ordenamento jurídico tende cada vez mais estimular as pessoas para com a importância do meio-ambiente, por isso é um tema que sempre está em destaque.

Diante disso, é válido apenas fazer um adentro sobre o *compliance* ambiental. O *compliance*, termo atualmente utilizado é uma palavra que tem origem do verbo em inglês “to comply”, que significa estar em conformidade com as leis. Entretanto, isto não é necessariamente sinônimo de ser uma empresa com responsabilidade ambiental.

A proposta do *compliance* é justamente em forçar a mudança de cultura já mencionada no presente texto, pois o fato de uma empresa seguir a legislação não a isenta de responsabilidade ambiental. No caso em questão, se mesmo seguir a legislação não é fator para a configuração de responsabilidade ambiental, na ausência desta será ainda mais difícil.

A respeito disso e ao que foi trazido com o texto sobre a intenção da Lei da Liberdade Econômica na flexibilização das licenças ambientais para empresas de baixo risco se confronta com o *compliance* ambiental, uma vez que se a Lei nº 13.874/19 traz a desnecessidade de se submeterem a conformidades oriundas do poder público, talvez num futuro próximo se torna um grande problema em responsabilizá-los posteriormente.

Por derradeiro, se verifica um tema deveras complexo a ser analisado, visto que sempre se remete a problemáticas discutidas desde da antiguidade, mais especificamente sobre a intervenção estatal na economia, pois na medida em que existe a possibilidade de romper os paradigmas ao mesmo tempo se tornam entrelaçados, dependentes, ou seja, um cárcere sem fim.

5. APLICAÇÃO ATUAL NA JURISPRUDÊNCIA

As jurisprudências atuais quanto ao tema são no sentido de que as empresas de pequeno porte e microempresas têm direito à dupla visita

nas ações de fiscalização no que se refere aos aspectos trabalhistas, metrológico, sanitário, ambiental e de segurança, quando a atividade ou situação, por sua natureza, comportar grau de risco compatível com esse procedimento, conforme o art. 55 da LC nº 123/2006 e § 1º do mesmo dispositivo e que no caso nas microempresas especificamente, os atos de fiscalização possuem natureza meramente orientadora:

ACÇÃO ANULATÓRIA. ANP. MULTA POR IRREGULARIDADES NO ARMAZENAMENTO DE RECIPIENTES DE GLP. PENDÊNCIAS REGULARIZADAS NO MESMO DIA DA FISCALIZAÇÃO. MICROEMPRESA/EPP. DUPLA VISITA. APLICABILIDADE. 1. As empresas de pequeno porte e microempresas têm direito à dupla visita nas ações de fiscalização no que se refere aos aspectos trabalhista, metrológico, sanitário, ambiental e de segurança, quando a atividade ou situação, por sua natureza, comportar grau de risco compatível com esse procedimento (art. 55 da LC nº 123/2006 e § 1º do mesmo dispositivo). 2. Hipótese na qual a empresa, devidamente autorizada a comercializar o GLP, apresentou irregularidades no armazenamento que foram regularizadas no mesmo dia da fiscalização, e que não configuravam risco a impedir a adoção do critério legal da dupla visita. (TRF04 - AC: 50633599420184047100, Relator: MARGA INGE BARTH TESSLER, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 19/09/2019)

ADMINISTRATIVO. ANP. AUTUAÇÃO. MULTA. MICROEMPRESA. INOBSERVÂNCIA DA DUPLA VISITAÇÃO. LC 123/06. 1. As empresas de pequeno porte e microempresas têm direito à dupla visita nas ações de fiscalização no que se refere aos aspectos trabalhista, metrológico, sanitário, ambiental e de segurança, quando a atividade ou situação, por sua natureza, comportar grau de risco compatível com esse procedimento (art. 55 da LC nº 123/2006 e § 1º do mesmo dispositivo). 2. No caso microempresas, hipótese em questão, a medida possui natureza prioritariamente orientadora. (TRF04 - AC: 50034778420174047215, Relator: VÂNIA HACK DE ALMEIDA, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 31/07/2019)

Em recente decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande de Sul, uma microempresa na tentativa de rediscutir a causa entrou com embargos de declaração em agravo de instrumento para tentar se eximir da necessidade de se submeter a licença ambiental para o exercício de suas atividades, com base na Lei 13.874:

DIREITO AMBIENTAL. LAVAGEM E TROCA DE ÓLEO. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. PREVISÃO DE NECESSIDADE CONTIDA EM LEI MUNICIPAL. RESOLUÇÃO Nº 237/97 DO CONAMA. ROL EXEMPLIFICATIVO. A Lista contida no Anexo I da Resolução nº 237/97 do CONAMA possui rol meramente exemplificativo, apontando atividades cujo potencial poluidor e de degradação ambiental é presumido, e obrigatoriamente devem estar sujeitas a licenciamento. Nada impede que ela seja ampliada por outras normas que considerem as especificidades regionais ou locais, ampliando a proteção ao meio ambiente. Decreto Municipal nº 8.890/2015 de Bento Gonçalves que prevê, entre as atividades sujeitas a licenciamento, lavagem, polimento e lubrificação de veículos. Exigência de licença ambiental que não viola disposições da Lei 13.874/2019. Os embargos de declaração não se prestam à rediscussão da causa. Recurso de integração e não de substituição. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO ACOlhIDOS. (TJRS - EDCL: 02998385820198217000, Relator: MARCELO BANDEIRA PEREIRA, VIGÉSIMA PRIMEIRA CAMARA CÍVEL, Data de Publicação: 04/12/2019)

No caso prático, os embargos não foram acolhidos em razão do entendimento de que o rol trazido pela Resolução do Conama nº 237/97 é meramente exemplificativo, e nada impede que abra a ampliação desse rol para a proteção do meio ambiente, hipótese em que foi reconhecido a não violação do dispositivo da Lei 13.874/2019.

6. CONCLUSÃO

Diante do todo exposto e por meio da bibliografia consultada, bem como das análises das legislações examinadas se verifica que a

ideia da Lei 13.874 em modificar e flexibilizar as licenças ambientais é uma estratégia apenas econômica.

Desse modo, e conforme trazido ao longo do texto, o dano ambiental é difícil de mensurar e isentar as atividades de baixo potencial ofensivo de qualquer ato de fiscalização do poder público poderá silenciar pequenos atos que somente poderão ser percebidos pelas próximas gerações.

Nesse entendimento, se constatou que a eficácia da Lei 13.874 quanto ao direito ambiental não se torna produtiva, uma vez que, o princípio da prevenção é um dos princípios norteadores do direito ambiental, e o fato de isentar o poder público de atos de liberações mesmo para atividades consideradas de baixo risco é o mesmo que deixar de prevenir danos futuros.

Assim, se concluiu que a Lei 13.874 também está em confronto com um dos princípios da ordem econômica, que é atuar na defesa do meio ambiente.

Por fim, se verifica um ciclo constante, em que na tentativa de incentivar a economia o Estado acaba por se preocupar com aspectos que seja mais relevante para o momento por exemplo, e se exige da responsabilidade para com outras questões tão quão importante, como no caso trazido, o meio ambiente, e assim por diante.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 19. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597012316>

BERCOVICI, Gilberto. Parecer sobre a inconstitucionalidade da Medida Provisória da Liberdade Econômica (Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019). Revista Fórum Direito Financeiro e Economico, v. 8, n. 15, p. 173-202, 2019.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 5 out. 1988.

BRASIL. **Decreto n. 99.274**, de 6 de junho de 1990. Regulamenta a Lei n. 6.902, de 27 de abril de 1981, e a Lei n. 6.938, de 31 de

agosto de 1981, que dispõem, respectivamente, sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental e sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, Seção 1 — 7-6- 1990, p. 10887.

BRASIL. **Lei nº 6.938**, de 31 de agosto de 1981. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, n. 6.938, 31 ago. 1981

BRASIL. **Lei nº 13.874**, de 20 de setembro de 2019. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, n. 13.874, 20 set. 2019

BRASIL. **Medida provisória nº 881, de 30 de abril de 2019**. Convertida em Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e dispõe sobre a flexibilização do horário de transmissão do programa oficial de informações dos Poderes da República, durante a Copa do Mundo FIFA 2014. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 4 jun. 2014. Seção 1, p. 1.

FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental e controle das atividades efetiva ou potencialmente poluidoras**. Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU, Belo Horizonte, ano 11, n. 65, set./out.2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=81745>>. Acesso em 18 jan. 2020

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. – 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. Retirado de <https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1524-Curso-de-Direito-Ambiental-Brasileiro-Celso-Antonio-Pacheco-Fiorillo.pdf>

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Licenciamento ambiental**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2015. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502625945/>.

FONSECA, Clarisse Kelles. REFLEXOS DA LEI 13.874/2019 (CONVERSÃO DA MP DA LIBERDADE ECONÔMICA) NO DIREITO DO TRABALHO. Revista dos Tribunais | vol. 1012/2020 | p. 171 - 184 | Fev / 2020 DTR\2020\159

Resolução Conama n. 237, de 19 de dezembro de 1997. Dispõe sobre os procedimentos e critérios utilizados no licenciamento ambiental e no exercício da competência, bem como as atividades e empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental. Diário Oficial da União, Brasília, Seção 1 — 22-12-1997, p. 30841-30843.

Resolução Resolução CGSIM nº 51, de 12 de junho de 2019. Versa sobre a definição de baixo risco para os fins da Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019. Diário Oficial da União, Brasília, Seção 1 — 12-06-2019, p. 30.

Sirvinskas, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547228262/>

VENOSA, Sívio de Salvo. A Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (MP nº 881) e o direito privado. Direito UNIFACS– Debate Virtual, n. 227, 2019.

VICENTE, José et al. Uma lei de liberdade econômica como “norma geral”: o que isso significa?. Revista Conjuntura Econômica, v. 73, n. 4, p. 40-41, 2019.

OS CONDOMÍNIOS EDILÍCIOS E A COVID-19: PROBLEMAS E SOLUÇÕES EM TEMPOS DE PANDEMIA

Marcelo Pereira Bergamaschi Junior

Introdução

O presente artigo tem como objetivo apresentar os problemas que surgem e as possíveis soluções que podem ser adotadas por síndicos em razão da pandemia do coronavírus (COVID-19) surgida no corrente ano.

Logicamente, o presente artigo não tem o interesse – e nem conseguiria – esgotar a discussão sobre o tema, de forma que serão abordados apenas aqueles que são apontados pela doutrina especializada e até pelos próprios síndicos como os principais problemas jurídicos que surgiram com a pandemia, essencialmente aqueles que sobressaem atualmente no cotidiano dos condomínios edilícios.

Quanto às soluções a serem apresentadas, tratam-se, em regra, de medidas que podem ser controversas, mas que merecem atenção por parte dos administradores de condomínios em tempos de pandemia, notadamente para conter a disseminação do vírus que já matou dezenas de milhares de pessoas em todo o mundo e já infectou mais de um milhão de pessoas (ALVES, 2020).

Ademais, é sabido que diversos países, seguindo as recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS), estão tomando diversas medidas para conter a disseminação da COVID-19. No Brasil, especi-

ficamente, tais medidas, em regra, estão sendo adotadas pelo Governo Federal, pelo Congresso Nacional, pelos Governadores dos Estados e pelos Prefeitos dos mais diversos Municípios brasileiros.

Nesse contexto, tendo em vista que o sugerido isolamento social²⁶ também traz diversos desafios quanto à convivência dentro dos condomínios edilícios, o estudo dos impactos dessa pandemia no ambiente condominial se justifica.

No presente artigo, portanto, após a realização de alguns esclarecimentos iniciais, serão trazidos os principais problemas enfrentados pelos condomínios edilícios atualmente, provocados repentinamente pela pandemia do coronavírus. Após, serão listadas possíveis soluções para cada um dos problemas apontados e apresentadas sugestões jurídicas para esse âmbito.

Ademais, cita-se, desde logo, que tentando minimizar os efeitos da pandemia no âmbito privado, foi apresentado no Senado Federal o Projeto de Lei nº. 1.179/2020. Entre outras providências, o projeto visa restringir o acesso aos condomínios edilícios e dá maiores poderes ao síndico na tomada de decisões durante a pandemia da COVID-19. Apesar de o projeto não ter se tornado lei até a submissão do presente artigo, as medidas previstas e suas implicações no âmbito condominial também serão brevemente tratadas.

1. Esclarecimentos iniciais: a importância do bom senso e da solidariedade

Antes de qualquer análise estritamente jurídica, convém estabelecer o seguinte: em um momento atípico como o da proliferação pandêmica de um vírus, para além das normas jurídicas postas – que, por óbvio, também auxiliam em momentos de crise –, o bom senso e a solidariedade são de fundamental importância, especialmente diante da falta de fundamentos jurídicos para auxiliar em momentos extraordinários e imprevisíveis como o presente.²⁷

26 Adotado como principal forma de combate ao coronavírus (TEIXEIRA; FRANÇA JUNIOR, 2020).

27 Tratando especificamente dos efeitos da pandemia nos contratos, Flávio Tartuce também defende a predominância do bom senso, da boa-fé e da solidariedade para

No âmbito condominial, especificamente, as convenções de condomínio, na qualidade de “lei interna do condomínio” (LOPES, 2003, p. 383), trazem soluções mais genéricas e previsões estruturais. Por consequência, em regra, não auxiliam com respostas adequadas para situações como a que assola o mundo neste início de 2020.

Sendo assim, o melhor meio de enfrentar os problemas jurídicos que surgem com a pandemia ainda é a utilização do bom senso e a prática da solidariedade, tanto por parte dos condôminos quanto por parte dos síndicos administradores.

Nesse sentido, o próprio Código Civil traz subsídios. Cita-se, por exemplo, a previsão de que “*também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*” (art. 187 do Código Civil).

Dessa previsão, é possível extrair que, mesmo sendo titular de um direito, o condômino que exercê-lo excedendo os limites impostos pela boa-fé ou pelos bons costumes, por exemplo, também poderá ser civilmente penalizado. Em outras palavras, o condômino antissocial que não agir com bom senso poderá estar cometendo um ato ilícito e, conseqüentemente, pode ter que responder por isso.

Ainda assim, a prática permite a conclusão de que não há como se apoiar no bom senso, na solidariedade, na boa-fé e nos bons costumes – apesar de serem ótimos balizadores – para a solução de todos os empecilhos jurídicos que a vida em sociedade pode proporcionar, principalmente quando as relações sociais estão totalmente afetadas por uma pandemia global.

2. Problemas enfrentados pelos condomínios em tempos de pandemia

Feitos os esclarecimentos iniciais, vamos ao específico objeto do presente estudo: quais problemas uma pandemia – como a da COVID-19 – pode trazer para dentro dos condomínios edilícios?

Primeiramente, menciona-se que, paradoxalmente, todos os problemas condominiais que surgem decorrem direta ou indireta-

auxiliar neste momento de crise (TARTUCE, 2020).

mente de uma solução para enfrentar o vírus: o isolamento social. É dizer, o isolamento, adotado mundialmente como solução para a proliferação do coronavírus, apesar de solução, por outro lado, traz consigo diversos problemas²⁸, alguns deles, observados no âmbito dos condomínios edilícios.

São alguns desses problemas – geralmente encontrados nos condomínios maiores – que serão citados a seguir, na forma de indagação: **(i)** O condomínio pode impor aos condôminos restrições ao uso das áreas comuns para evitar aglomerações? **(ii)** O condomínio pode impor aos condôminos restrições ao uso dos elevadores, das escadarias, do hall de entrada ou dos corredores? **(iii)** O condomínio pode impor aos condôminos restrições ao direito de uso e gozo de suas unidades habitacionais? **(iv)** Como o condomínio pode realizar as assembleias necessárias à manutenção da ordem sem descumprir a sugestão de isolamento social? **(v)** De que forma o condomínio pode punir o condômino que descumpra as determinações fixadas em combate à pandemia?

É o que se passa a analisar, questão por questão.

3. Soluções para os problemas enfrentados

Além do já citado bom senso, da boa-fé e dos bons costumes, em tempos como o presente, ainda é necessário reforçar o que parece óbvio: deve haver predominância do direito à saúde – e, em consequência, do direito à vida – dos condôminos.

Nessa seara, os condôminos, seja através da administração ou seja através de deliberações assembleares, podem – e se sugere que assim façam – realizar uma série de providências para colaborar com a saúde pública e evitar a não proliferação de um vírus letal nas dependências do condomínio.

Com isso em mente, vamos aos problemas apontados no item anterior.

28 Cita-se, em especial, o problema econômico (CHAN, 2020).

3.1. O condomínio pode impor aos condôminos restrições ao uso das áreas comuns para evitar aglomerações?

Em regra, todos os condôminos possuem o direito de usar as partes e coisas comuns do condomínio, conforme disposto no art. 19 da Lei 4.591/1964 e no art. 1.335, II, do Código Civil. Mesmo assim, o condomínio pode limitar o uso dessas áreas pelos condôminos?

Sobre isso, esclarece-se que, assim como todos os direitos, o direito de propriedade também pode sofrer limitações. Não prevalece mais, portanto, o entendimento de que o direito de propriedade “é ilimitado e como tal inclui em si o direito de praticar sobre a coisa todos os atos que são compatíveis com as leis da natureza” (PEREIRA, 1943, p. 99).²⁹

No caso de pandemia, por exemplo, é evidente que manter sem restrições o uso da área comum do condomínio por todos os condôminos seria o mesmo que agir de forma diametralmente oposta com a sugestão internacional de isolamento. Por isso, é possível e até recomendável que o direito de propriedade, no caso, sofra limitações.³⁰

Inclusive, fazendo uma interpretação extensiva ou analógica do Código Civil, é possível extrair normas que possibilitam a tomada dessas providências pelo próprio síndico. Veja-se: compete ao síndico representar o condomínio praticando os atos necessários à “defesa dos interesses comuns” (art. 1.348, II, do Código Civil) e “zelar pela prestação dos serviços que interessem aos possuidores” (art. 1.348, V, do Código Civil).

29 Adota-se, portanto, o posicionamento de que “o conceito contemporâneo de propriedade é o de relação jurídica complexa que tem por conteúdo as faculdades de uso, gozo e disposição da coisa por parte do proprietário, subordinadas à função social e com correlatos deveres, ônus e obrigações em relação a terceiros” (LOUREIRO, 2003, p. 188).

30 Cita-se que a proibição de uso de área comum não é amplamente aceita em situações ordinárias. Em caso de condômino inadimplente, por exemplo, com o apoio de parte da doutrina – como a de Flávio Tartuce (2019, p. 416) – o Superior Tribunal de Justiça decidiu recentemente pela impossibilidade de limitação ao uso das áreas comuns (REsp 1699022/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/05/2019, DJe 01/07/2019).

Ora, quando se trata de uma perigosa pandemia, é de interesse de todos os condôminos a saúde coletiva e a tomada de providências para evitar doentes e até mortos, o que, nos termos da legislação material civil, compete ao síndico assegurar. Caso a imposição de uma limitação ao direito de propriedade seja a forma de atender o bem comum, portanto, não há razão para essa limitação ser rechaçada.

E apesar de a questão ser uma novidade, já existem opiniões doutrinárias sobre o tema:

Quando do início da doença, enquanto ainda não se falava em pandemia, poderíamos entender ilícita a vedação total de uso de tais áreas comuns de lazer. Contudo, com o avançar da doença, as escolas, academias, clubes esportivos, cinemas, teatros, foram totalmente proibidos de funcionar. A princípio, parece-nos, portanto, legítima (senão recomendável) a possibilidade de restrição das áreas comuns de lazer por tempo indeterminado, até que as autoridades médicas digam o contrário. (BRITO; GOMIDE, 2020)

Por isso, apesar de não haver uma autorização expressa legal no sentido de autorizar o síndico a impor limitações ao uso da área comum, conforme abordado, é importante o retorno ao bom senso, de forma que a resposta à primeira pergunta é positiva: sim, visando o interesse dos condôminos, é possível a imposição de restrições ao uso das áreas comuns dos condomínios edilícios, mesmo que tais limitações afetem diretamente o direito de propriedade dos condôminos.

3.2. O condomínio pode impor aos condôminos restrições ao uso dos elevadores, das escadarias, do hall de entrada ou dos corredores?

Apesar de serem consideradas áreas comuns (art. 1.331, §2º, do Código Civil), as áreas relativas aos elevadores, às escadarias, ao *hall* de entrada e aos corredores de acesso às unidades do condomínio merecem uma análise diversa.

Tais espaços, entre outros, são essenciais e relacionam-se diretamente ao direito de ir e vir e não ao direito de uso e gozo das áreas

comuns. É dizer, o direito de ir e vir possui prevalência essencialmente em razão de sua previsão constitucional: a Magna Carta prevê expressamente que “é livre a locomoção no território nacional” (art. 5º, XV, da Constituição Federal).

Por óbvio, se é livre a locomoção no território nacional – salvo casos expressamente previstos do ordenamento jurídico –, também deve ser livre a locomoção dentro das áreas essenciais do condomínio. Ademais, “nenhuma unidade imobiliária pode ser privada do acesso ao logradouro público” (art. 1.331, §4º, do Código Civil).

É em razão disso que não há como defender a imposição de qualquer limitação de uso em relação às áreas consideradas como essenciais, afinal, tais áreas possibilitam a livre locomoção do condômino entre a sua unidade e o logradouro público. Mesmo em tempos de pandemia, portanto, tal limitação não poderia ser tolerada.

Ainda assim, nada impede que síndicos espalhem avisos e sugiram a não aglomeração em corredores e elevadores, por exemplo. Tais recomendações seguem, inclusive, a lógica de isolamento adotada pelo mundo e não ferem qualquer direito dos condôminos.

3.3. O condomínio pode impor aos condôminos restrições ao direito de uso e gozo de suas unidades habitacionais?

Conforme já exposto, entende-se como possível a imposição de limitações de uso às áreas comuns do condomínio – salvo àquelas essenciais à locomoção dos condôminos. Nessa seara, o questionamento que fica é em relação às unidades habitacionais, de propriedade (ou de posse) exclusiva de cada um dos condôminos.

Nesse momento, importa uma breve explicação doutrinária sobre as áreas de propriedade comum e as áreas de propriedade exclusiva. Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2011, p. 573):

Esse tipo de condomínio [o edifício] é constituído de áreas de propriedade exclusiva, sobre as quais o condômino exerce todos os poderes inerentes à propriedade individual, sem a

interferência de terceiros; e áreas de propriedade comum, as quais são reguladas de forma semelhante ao condomínio ordinário.

Pois bem, tratando especificamente sobre as áreas de propriedade exclusiva, novamente, deve haver a prevalência do bom senso, tanto do gestor quanto do proprietário ou possuidor indireto. Senão vejamos.

Seria razoável que um condômino fosse proibido de receber visitas de familiares em sua unidade habitacional? Seria razoável que, visando a saúde dos demais condôminos, um específico condômino fosse proibido de receber qualquer visita?

Para tais questionamentos, parece que a resposta seria negativa. É bem verdade que a administração do condomínio deve visar a saúde e os interesses dos condôminos, contudo, não há como essa pretensão aniquilar completamente o direito do condômino – proprietário ou possuidor – de abrir as portas de sua unidade para terceiros, mesmo que tais visitas aumentem o perigo de contágio dentro do condomínio. Uma restrição dessa amplitude fugiria da razoabilidade.

Por outro lado, seria razoável que um condômino fosse proibido de realizar uma festa de aniversário com dezenas de familiares em tempos de pandemia? Seria razoável que o condomínio proibisse todos os condôminos de realizar festas em suas unidades, justamente para evitar aglomerações e a circulação de pessoas nas dependências do condomínio?

Para esta última pergunta, apesar de também afetar diretamente o direito de propriedade dos condôminos, parece bastante razoável que a resposta seja positiva, afinal, nesses últimos exemplos, o perigo de contágio no interior do condomínio aumentaria drasticamente e, portanto, a limitação não demonstraria ser nada desarrazoada, afinal, a vida em condomínios, automaticamente, já pressupõe certa limitação ao direito de propriedade.

Portanto, fica claro que, em situações raras como a que o mundo inteiro ultrapassa atualmente, frisa-se, um importante instrumento de interpretação para o hermeneuta é o bom senso. No caso, o chamado bom senso decorre da razoabilidade e de uma análise casuística racional que leve em consideração todos os direitos envolvidos, como o direito à propriedade, o direito de ir e vir e o direito à saúde dos condôminos.

Para resumir esse ponto, vale trazer um novo exemplo prático: caso provocado o Judiciário para impedir uma grande festa que aconteceria em tempos de pandemia nas dependências de uma unidade habitacional do condomínio, é bastante razoável que uma limitação seja imposta ao direito de propriedade. Em situação diversa, caso surja o interesse de impedir a visitação de alguns poucos parentes em uma determinada unidade habitacional, em observância ao princípio da razoabilidade, não há como esse impedimento prevalecer em detrimento do direito do condômino. O bom senso e a solidariedade nessas questões são fundamentais.

3.4. Como o condomínio pode realizar as assembleias necessárias à manutenção da ordem sem descumprir a sugestão de isolamento social?

Agora que já abordado o direito de uso e gozo de áreas comuns e particulares dentro de um condomínio edilício, bem como algumas das limitações possíveis a esse direito, cabe discorrer sobre a forma que essas limitações podem ser impostas e o impacto da pandemia também nas deliberações condominiais.

É sabido que o condomínio pressupõe uma coletividade e, por força de lei, as decisões que podem impactar na vida dessa coletividade, por uma orientação democrática, devem ser tomadas em conjunto por essa coletividade. O síndico, por sua vez, em regra, apenas possui o papel de executar o que foi decidido pela coletividade através da convenção de condomínio, do regimento interno ou, mais especificamente, pelas assembleias condominiais realizadas.

Por isso, é possível concluir que, até para evitar imposições arbitrárias e descabidas, as limitações ao direito de propriedade não devem ser adotadas unilateralmente pelo síndico sem qualquer consulta aos condôminos.

Mesmo assim, quando há uma fatal pandemia ameaçando a saúde das pessoas – o que acontece neste histórico ano de 2020 –, as assembleias, responsáveis pelas deliberações ordinárias e extraordinárias que surgem na vida em condomínio, ficam prejudicadas, afinal, para prevenir a proliferação do vírus pandêmico, não há como reunir diversos condôminos em um mesmo ambiente.

Nesse diapasão, o que se recomenda é que, mesmo sem autorização expressa da convenção de condomínio, sejam realizadas assembleias virtuais para discutir os temas relevantes para o bom funcionamento do condomínio edilício e para a tomada das decisões que são exigidas em tempos de pandemia.

Ou seja, através de assembleias virtuais, poder-se-ia descentralizar o poder do síndico visando discutir as medidas mais adequadas para aquele determinado condomínio naquele determinado momento, evitando decisões arbitrárias que estejam em desacordo com a opinião da coletividade.

3.5. De que forma o condomínio pode punir o condômino que descumpre as determinações fixadas em combate à pandemia?

Conforme exposto, para conferir maior legitimidade às decisões – mesmo as que precisam ser tomadas com urgência – sugere-se que sejam realizadas assembleias virtuais para tratar dos problemas advindos da pandemia. E é também valendo-se das assembleias virtuais que os condôminos podem discutir e deliberar a respeito das eventuais punições aos condôminos que descumprirem as limitações impostas em combate à pandemia.

E pelo bem comum, desde que não sejam desarrazoadas ou desproporcionais, essas sanções podem ser das mais variadas ordens. Dependendo da gravidade do descumprimento e do grau de dolo do infrator – caso o mesmo esteja contaminado e dolosamente busque a contaminação de outros condôminos, por exemplo –, poderão ser determinadas advertências, arbitradas multas ou tomadas outras providências mais graves, como a exclusão do condômino antissocial³¹ ou a responsabilização penal.

31 Conforme explicitado no Enunciado 508 da V Jornada de Direito Civil: “Verificando-se que a sanção pecuniária mostrou-se ineficaz, a garantia fundamental da função social da propriedade (arts. 5º, XXIII, da CRFB e 1.228, §1º, do CC) e a vedação ao abuso de direito (arts. 187 e 1.228, §2º, do CC) justificam a exclusão do condômino antissocial, desde que a ulterior assembleia prevista na parte final do parágrafo único do art. 1.337 do Código Civil delibere a propositura de ação judicial com esse fim, asseguradas todas as garantias inerentes ao devido processo legal” (AGUIAR JÚNIOR, 2012)

Não se pode esquecer, porém, que nem o síndico e nem a assembleia geral possuem poder de coerção. É dizer, é possível a estipulação das mais variadas sanções via assembleia, mas não é possível obrigar coercitivamente um condômino a cumprir as determinações realizadas ou a pagar eventual multa imposta, justamente por faltar poder de polícia (RACHKORSKY, 2020). Para tanto, é imprescindível a provocação do Poder Judiciário.

4. A busca por uma solução legislativa: o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado no período da pandemia

Como o advento de uma pandemia é inesperado e extremamente rápido, em geral, os ordenamentos jurídicos não possuem respostas satisfatórias para mitigar os seus efeitos.

Ademais, considerando o caráter transitório de uma pandemia – pelo menos, é o que se espera –, também não é recomendada a realização de alterações legislativas perenes para regular as novas situações provocadas.

Pensando nisso, foi proposto no fim de março de 2020 e será votado no início de abril o Projeto de Lei nº. 1.179 de 2020, apresentado com a contribuição de renomados juristas para estabelecer um “Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado no período da pandemia da COVID-19”.

Entre outras importantes disposições, o projeto também traz algumas soluções no âmbito do direito condominial, especificamente do condomínio edilício, diante dos problemas surgidos com a pandemia.

Ainda assim, é possível tecer algumas críticas à normativa que se pretende aprovar. Veja-se: apesar de ser uma proposta bastante limitada no âmbito dos condomínios edilícios, o que pretende o legislador, essencialmente, é conferir poderes extraordinários aos síndicos para o combate da pandemia, como o poder de restringir a utilização das áreas comuns, por exemplo.

Por outro lado, ao mesmo tempo em que autoriza a imposição de limitações pelo próprio síndico, o projeto, em sua redação original, também busca autorizar a realização de assembleias virtuais – incluindo a assembleia ordinária anual (art. 1.350 do Código Civil) –, em

caráter emergencial, para a deliberação dos condôminos – incluindo deliberação para destituição do síndico (art. 1.349 do Código Civil).

Ou seja, o proponente optou por privilegiar o síndico na tomada das providências de combate à pandemia, mas, como um freio, escolheu combater eventuais arbitrariedades por parte do síndico possibilitando expressamente a realização da assembleia virtual para a destituição do administrador.

Trata-se de uma escolha que pode vir a funcionar, contudo, conforme já exposto no presente artigo, sugere-se que todas as decisões que sejam controversas e imponham alguma limitação ao direito de propriedade sejam tomadas coletivamente, e não unilateralmente pelo síndico, justamente para conferir maior legitimidade às decisões e evitar as mencionadas arbitrariedades.

Apesar disso, a escolha por um regime jurídico transitório para regular o tema é bastante bem-vinda, notadamente para maximizar o combate à pandemia, agilizar a tomada de providências e evitar maior insegurança – social e jurídica – no âmbito dos condomínios edilícios.

5. Considerações finais

Por tudo o que foi exposto, é notório que a pandemia da COVID-19 pegou o mundo inteiro desprevenido. E entre os setores da vida afetados, inclui-se o condomínio edilício.

A sugestão – em algumas localidades, a determinação – de isolamento social, apesar de ser, atualmente, o melhor modo de combater a pandemia, traz consigo diversos desafios para a vida em sociedade e, consequentemente, para o Direito.

No específico âmbito dos condomínios edilícios, os desafios também são os mais variados, geralmente atrelados às formas de contenção da pandemia entre os próprios condôminos.

E por se tratar de situação extraordinária e imprevisível, o ordenamento jurídico não possui todas as respostas para o momento atual, o que provoca a necessidade de se observar princípios e fundamentos abstratos, como o bom senso e a solidariedade.

No que concerte à administração do condomínio e sua forma de atuação neste atípico momento, observando, inclusive, o Regime

Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado no período da pandemia – proposto pelo Projeto de Lei nº. 1.179/2020 –, sugere-se que algumas restrições sejam impostas ao direito de propriedade dos condôminos.

Quanto às áreas comuns não essenciais, sugere-se o fechamento total, afinal, tratam-se de áreas usualmente utilizadas para recreio. Em benefício da saúde de todos os condôminos, é bastante razoável que tais áreas sofram restrições. A mesma lógica não deve ser aplicada às áreas comuns essenciais, já que são indispensáveis para a locomoção dos condôminos e para o acesso livre ao logradouro público.

Especificamente a respeito das áreas de propriedade – ou de posse – exclusiva de cada um dos condôminos, a solução deve ser outra e bastante cuidadosa. É evidente que o condomínio não pode impor limitações absolutas quanto ao uso das unidades habitacionais por parte de cada um dos condôminos, porém, apegado ao bom senso e à razoabilidade, parece possível, sim, que o condomínio imponha limitações ao uso da propriedade exclusiva quando esse uso colocar em grave risco a saúde dos demais condôminos.

Ademais, em momentos como o presente, surge a necessidade de que os condôminos, de forma coletiva, tomem as providências de contenção necessárias e estipulem punições aos infratores através de assembleias virtuais, especialmente para evitar a aglomeração – o que também promete ser regulado pelo Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado no período da pandemia.

Conclui-se, portanto, que o ordenamento jurídico pátrio está tentando se amoldar aos tempos de pandemia, mesmo que através de regras transitórias, mas é evidente que, pela variedade e pela complexidade de problemas que o surto do coronavírus trouxe, o direito posto não será suficiente. O fundamental em tempos como esse é a supervalorização da solidariedade e a utilização do bom senso como regra.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ministro Ruy Rosado de (coord. Científico). *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

- ALVES, Ana Rosa. *Casos de Covid-19 no mundo ultrapassam 1 milhão; mortos passam de 51 mil*. O Globo, 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/casos-de-covid-19-no-mundo-ultrapassam-1-milhao-mortos-passam-de-51-mil-24346130>. Acesso em: 03.04.2020.
- BRITO, Rodrigo Toscano de; GOMIDE, Alexandre Junqueira. *O impacto do coronavírus nos condomínios edilícios: Assembleias e limitações ao direito de uso à propriedade*. Migalhas, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/322683/o-impacto-do-coronavirus-nos-condominios-edilicios-assembleias-e-limitacoes-ao-direito-de-uso-a-propriedade>. Acesso em 01.04.2020.
- CHAN, Szu Ping. *Economia global vai sofrer anos até se recuperar do impacto da pandemia, afirma OCDE*. BBC News, 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52002332>. Acesso em: 03.04.2020.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 7.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- LOPES, João Batista. *Natureza jurídica da convenção de condomínio*. In: ALVIM, Arruda; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Portes; ROSAS, Roberto (Coordenadores). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 12.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. 5.^a ed. v. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.
- RACHKORSKY, Márcio. In: *Prédios residenciais começam a fechar áreas comuns por causa do coronavírus*. G1, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/03/17/predios-residenciais-comecam-a-fechar-areas-comuns-por-causa-do-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 03.04.2020.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Coisas*. v. 4, 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. *O Coronavírus e os Contratos: Extinção, revisão e conservação. Boa-fé, Bom Senso e Solidariedade*. JusBrasil, 2020. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/825339266/o-coronavirus-e-os-contratos-extincao-revisao-e-conservacao-boa-fe-bom-senso-e-solidariedade>. Acesso em 01.04.2020.

TEIXEIRA, Ricardo Rodrigues; FRANÇA JUNIOR, Ivan. *Incentivar o isolamento social significa valorizar a vida, a saúde e o respeito*. Folha de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/03/incentivar-o-isolamento-social-significa-valorizar-a-vida-a-saude-e-o-respeito.shtml>. Acesso em 03.04.2020.

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: ASPECTOS JURÍDICOS E A RELAÇÃO PACIENTE-PROFISSIONAIS DE SAÚDE

Camila Louise Baena Ferreira

1. Introdução

A expectativa de vida da população mundial tem aumentado, e um dos fatores envolve o desenvolvimento tecnológico e farmacológico que tem permitido maior sobrevida aos portadores de doenças crônicas. Desse modo, observa-se que as causas e formas de morrer têm sofrido importantes transformações (DADALTO, 2019).

A vivência da morte foi deslocada do ambiente domiciliar para o ambiente hospitalar, caracterizado pela presença dos profissionais de saúde e diversos dispositivos tecnológicos (KOVÁCS, 2008). Assim, expropria-se a pessoa do seu processo de morte; visto que tal processo é controlado pela equipe de saúde através do gerenciamento dos horários, procedimentos e intervenções (MONTEIRO, JÚNIOR; 2019). Diante de tais mudanças, torna-se essencial refletir acerca do processo de humanização do morrer (KOVÁCS, 2008). Neste sentido, faz-se importante a discussão acerca das relações interpessoais entre pacientes e profissionais.

Tal relação, muitas vezes, encontra-se embasada na lógica paternalista e assimétrica. Pode-se utilizar a metáfora de uma balança com dois pêndulos: de um lado apresenta-se o poder da equipe de saúde,

e no outro lado, a submissão do paciente (LIMA, REGO, SIQUEIRA-BATISTA, 2015; KOVÁCS, 2003). Ao favorecer a autonomia do paciente é possível equilibrar melhor essa balança, tornando a relação entre paciente e profissionais de saúde mais simétrica. Para isso, é necessário que o paciente participe ativamente do seu processo de adoecimento, possibilitando-o decidir acerca da manutenção ou interrupção do tratamento. Tais questões não devem ser decididas unilateralmente pela equipe de saúde; esta deve fornecer as informações necessárias para que o paciente participe da tomada de decisão (KOVÁCS, 2003).

A relação assimétrica entre pacientes e profissionais de saúde advém da ideia que os profissionais, como detentores do saber, sabem o que é melhor para o paciente e que este não está preparado para escolher o que é melhor para si (KOVÁCS, 2003). Entretanto, no decorrer dos séculos XX e XXI, observa-se a mudança de tais relações. Assim, a pessoa doente não é mais considerada um mero paciente, que só resta aguardar passivamente os cuidados da equipe de saúde (MONTEIRO, JÚNIOR; 2019). É importante esclarecer, entretanto, que o desenvolvimento da autonomia do paciente não significa uma transferência da responsabilidade de decisão (REGO, PALÁCIOS, SIQUEIRA-BATISTA; 2009); mas se configura num exercício de escuta e reconhecimento do outro. Trata-se de recolocar o paciente no centro do processo, respeitando suas escolhas (KOVÁCS, 2014).

D'Amico *et al* (2009 *apud* CFM, 2012) ressalta que, 95% dos pacientes em fim de vida, apresentam incapacidade para se comunicar justamente quando são adotadas decisões médicas cruciais a seu respeito. Sendo assim, as decisões ficam sob responsabilidade dos profissionais e familiares, e pode não corresponder à vontade que o paciente manifestaria se mantivesse a capacidade de comunicar-se.

As Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV) surgem da necessidade de humanizar o processo de adoecimento e morte (CASSOL, QUINTANA, VELHO; 2015), de modo a permitir que o paciente exerça sua autonomia ao determinar quais tratamento aceita ou não realizar; mesmo quando se encontra inconsciente ou no estágio de fim de vida (BOMTEMPO, 2012).

Diante do exposto, o presente artigo pretende apresentar sobre as DAV. Inicialmente apresenta um breve histórico de surgimento das

DAV e diferencia as espécies de documentos que fazem parte das diretivas – testamento vital e mandato duradouro. Após explicitar sobre tais conceitos, aborda os aspectos jurídicos relacionados às DAV no Brasil e a relação paciente-profissionais de saúde diante desse contexto.

2. Diretivas Antecipadas de Vontade: considerações iniciais

Os primeiros documentos de manifestação de vontade do paciente em fim de vida surgiram na década de 1960, nos Estados Unidos; e possui como importante precursor o advogado Luis Kutner. Este propôs, como parte integrante do direito à privacidade, a possibilidade do paciente em recusar tratamento que acarretasse o prolongamento da vida diante de quadro incurável e irreversível (MONTEIRO, JÚNIOR; 2019). Entretanto, apenas na década de 1990 foi aprovada lei federal nos Estados Unidos que garante o direito do paciente à autodeterminação; tornando-se a primeira legislação do mundo a tratar sobre as DAV (DADALTO, 2013; MONTEIRO, JÚNIOR, 2019).

No Brasil, o tema ganhou destaque através da Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina³² (CFM), que estabelece:

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 (CFM, 2012, art. 1º, p.1)

Trata-se de uma norma administrativa e de eficácia restrita, visto que vincula apenas os profissionais médicos. Mesmo diante de tais li-

32 A Resolução CFM nº 1.995/2012, nos campos ‘considerando’ e ‘justificativas’, utiliza os termos “paciente em estado terminal” e “paciente em fim de vida” sem prestar maiores esclarecimentos; porém ambos os termos não são sinônimos. O paciente terminal apresenta uma condição irreversível e com alta probabilidade de morrer num curto período de tempo (KNOBEL; SILVA *apud* DADALTO, 2016). Os pacientes em fim de vida podem envolver os pacientes terminais, mas também os que estão em estado de coma profundo e irreversível ou em estado vegetativo persistente (DADALTO, 2016).

mitações, possui grande importância pois é a primeira norma brasileira que reconhece o direito do paciente em manifestar sua vontade por escrito. E conseqüentemente, aborda o dever dos profissionais e familiares em respeitar a vontade do paciente (DADALTO, 2013a); ao indicar que “As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares” (CFM, 2012, art. 2º, § 3º, p.2).

Ressalta-se, que as DAV precisam estar em consonância com os preceitos do Código de Ética Médica para ser efetivada. Sendo assim, “O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica” (CFM, 2012, art. 2º, § 2º).

Dadalto (2013a) expõe que existem críticas à Resolução CFM nº 1995/2012, especialmente devido à utilização dos termos DAV e testamento vital como sinônimos. As DAV se constituem em um gênero de documentos, no qual o testamento vital e o mandato duradouro fazem parte. No testamento vital, o paciente explicita acerca dos cuidados e procedimentos médicos que aceita ou não receber; como ventilação mecânica, ressuscitação cardiopulmonar, diálise, entre outros. Já no mandato duradouro, o paciente escolhe alguém de sua confiança para realizar as decisões sobre seus cuidados médicos em seu lugar diante de uma situação de incapacidade (DADALTO, 2016).

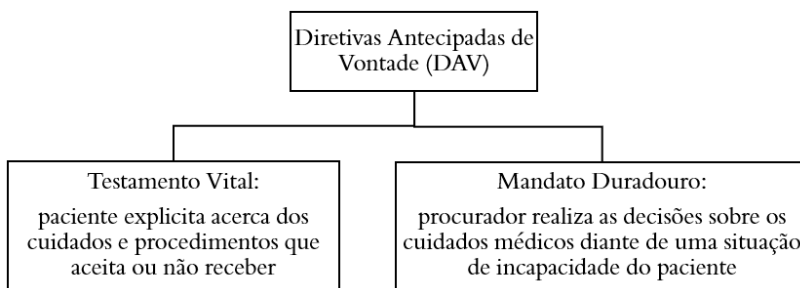


Fig. 01: Relação entre DAV, mandato duradouro e testamento vital.

Dadalto, Tupinambás, Greco (2013) esclarecem acerca da possibilidade de coexistência do mandato duradouro e do testamento vital em um único documento. Desse modo, o procurador poderá decidir

pelo paciente nos casos em que o testamento vital for omissivo; ou quando a família se demonstrar contrária à vontade manifesta pelo paciente no testamento vital. Silveira, Kim, Langa (2010) demonstram que nos Estados Unidos, 39.4% dos cidadãos que providenciam diretivas de vontade, optam por fazer o testamento vital e o mandato duradouro em um mesmo documento.

2.1. Testamento Vital

Observa-se uma imprecisão terminológica do termo no Brasil e demais países com idiomas latinos como França, Itália e Espanha. Tal situação ocorre devido à tradução inadequada de “living will”, visto que o termo *will* possui o significado de: vontade, desejo e testamento. Ao se traduzir para testamento gera um desconforto no campo do direito pela aproximação com o instituto do testamento patrimonial; o qual produz efeito *post mortem*. No caso do testamento vital ocorre o contrário, visto que possui eficácia *inter vivos* (DADALTO, 2018).

Ao mesmo tempo, há o reconhecimento que o Testamento Vital se assemelha ao testamento, visto que ambos se caracterizam como um negócio jurídico, unilateral, personalíssimo e revogável a qualquer tempo. Em termos de estrutura, ambos os documentos são diferentes; mas possuem função semelhante ao considerar que testamento é uma disposição de última vontade (NEVARES, MEIRELES; 2010). Diante do exposto, mesmo com a discussão presente na literatura, testamento vital é o termo que mais se tem aplicado para o registro da vontade pelo próprio paciente sobre seu tratamento médico³³ (MONTEIRO, JÚNIOR; 2019).

O testamento vital é alvo de críticas também em relação à autenticidade e estabilidade da decisão; visto que o documento é elaborado partindo da hipótese de como o autor considera que seria sua vida numa situação de adoecimento ainda não experimentada. Assim, é ne-

33 Dadalto (2017) refere que o testamento vital pode ser realizado pelos pertencentes à religião testemunha de Jeová para a recusa de transfusão sanguínea, entretanto, só será válido para situações de terminalidade da vida. Esclarece, portanto, que a recusa de transfusão sanguínea em demais situações pode ser realizada em qualquer documento autêntico, como uma declaração unilateral de vontade.

cessário considerar a possibilidade de haver uma mudança de percepção quando essa hipótese de fato se tornar realidade (MARTÍNEZ, 2007). Entretanto, esclarece-se que o documento pode ser revogado a qualquer momento enquanto o sujeito for capaz.

Outra discussão acerca do Testamento Vital refere-se às críticas de alguns opositores por considerar que tal documento seria uma forma velada de legalizar a eutanásia (DADALTO, 2013a). Observa-se, entretanto, que a eutanásia é proibida na maioria dos países que legalizaram o Testamento Vital. E nos países onde a eutanásia é permitida, como Holanda e Bélgica, os modelos do documento e regras para a eutanásia e testamento vital são diferentes (MONTEIRO, JÚNIOR; 2019).

Faz-se oportuno esclarecer que as DAV (incluindo o testamento vital e mandato duradouro) envolvem o conceito de ortotanásia. Esta relaciona-se ao processo de humanização da morte, pautada no alívio da dor e sem prolongamento do processo de morrer; ou seja, permitir que a morte ocorra naturalmente. Não se trata, portanto, de eutanásia pois o objetivo não é adiantar a morte; prática esta vedada pelo Código de Ética Médica e Código Penal Brasileiro. Tampouco significa negligência médica, significa a não realização de tratamentos inúteis e invasivos que visam unicamente o prolongamento da morte e violam a autonomia do paciente (WANSSA, 2012).

Observa-se que anteriormente à Resolução do CFM nº 1.995/2012, que estabelece acerca das DAV, o CFM apresentou outras duas resoluções importantes para o debate acerca do respeito à vontade do paciente e a ortotanásia (SANCHEZ, SEIDL; 2013). A Resolução nº 1.805/2006, demonstra que “É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal” (CFM, 2006, art. 1º, p. 1).

Tal dispositivo, apresenta semelhança ao encontrado na Resolução CFM nº 1.931/2009, que aprova o Código de Ética Médica. Este Código também apresentou uma importante mudança de paradigma acerca dos cuidados em fim de vida; favorecendo a ortotanásia (TORRES, 2012) ao incluir o seguinte princípio:

“em 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” (CFM, 2009, art. 41, p. 9).

2.2. Mandato Duradouro

Conforme demonstrado, o testamento vital segue o modelo de pura autonomia (BEAUCHAMP, CHILDRESS; 2002), pois envolve a manifestação de vontade pelo paciente enquanto encontrava-se capaz. O mandato duradouro, por sua vez, segue o modelo de julgamento substituto; no qual o paciente é representado por um procurador (DADALTO, TUPINAMBÁS, GRECO; 2013).

O procurador é responsável pelas decisões sobre o tratamento médico do paciente, quando este se encontrar incapacitado de forma permanente ou temporária (DADALTO, 2018). Assim, é necessário que o decisor substituto (procurador) e paciente possuam intimidade suficiente de forma a garantir que o decisor saberá realizar escolhas adequadas. Ou seja, que consiga abarcar os desejos do paciente se este estivesse em condições de realizar (BEACHAMP, CHILDRESS; 2011).

Desse modo, fica excluído de se tornar o procurador aqueles que poderiam tomar decisões imparciais como profissionais do hospital, juízes, e os que não possuem uma real proximidade com o paciente. Entretanto, é necessário compreender que a proximidade entre o procurador e paciente não é garantia que a decisão será bem fundamentada nas escolhas do paciente. A afetividade entre as partes pode dificultar a decisão (MONTEIRO, JÚNIOR; 2019) especialmente quando consideramos que tal instrumento envolve temas delicados como terminabilidade da vida.

3. Diretivas Antecipadas de Vontade no Brasil: aspectos legais

Após a breve apresentação sobre o testamento vital e mandato duradouro, este artigo utilizará o termo que abrange os dois documentos

– Diretivas Antecipadas de Vontade – de modo a abordar os aspectos mais gerais.

A difusão das DAV apresenta as seguintes etapas: a) discussão social; b) aprovação de lei; c) criação de um modelo do documento; d) divulgação desse modelo e conscientização à população sobre a importância de elaborar tal documento. Entre alguns países que concluíram todas estas etapas, encontra-se o precursor EUA (legislação aprovada em 1990), Espanha (2002), Reino Unido (2009), Alemanha (2009), Uruguai (2009), Portugal (2012), França (2016) e Itália (2017). O Brasil encontra-se na primeira etapa, caracterizada pela discussão social sobre o tema sem o estabelecimento de lei e modelo de documento (DADALTO, 2016; MARTINS, 2018; ROCHA, 2018).

Recentemente, no ano de 2018, o Brasil foi contemplado com duas propostas de projeto de lei sobre as DAV para tratamentos médicos, sob a autoria dos senadores Lasier Martins e Paulo Rocha. Por uma questão de “economia processual”, visto que ambos os projetos se referem ao mesmo tema, Paulo Rocha solicitou a retirada do projeto de lei nº 267/2018 da pauta de tramitação (BRASIL, 2018). Desse modo, apenas o primeiro projeto de lei, nº 149/2018, está em tramitação; e alguns aspectos deste serão apresentados a seguir.

Inicialmente, esclarece que as DAV se constituem como uma manifestação documentada por escritura pública e sem conteúdo financeiro, que podem ser realizadas por maiores de idades (MARTINS, 2018). Nesse aspecto encontra-se uma diferença em relação ao outro projeto de lei (que não se encontra mais em tramitação), o qual permitia a realização de DAV entre 16 e 18 anos mediante autorização judicial, pautada no devido processo legal (ROCHA, 2018).

Outros casos, é possível observar que ambos projetos de lei apresentam mesma orientação; como por exemplo, diante da possibilidade da autora da DAV encontrar-se gestante. Neste caso, fica instituído que apenas poderão ser atendidas as manifestações que não comprometam a vida do nascituro (MARTINS, 2018; ROCHA, 2018).

Após exemplificar as situações acima, em que são apresentadas diferença e semelhança entre ambos projetos de lei, a seguir será exposto apenas o projeto que se encontra em tramitação. Neste, é estabelecido que o médico, durante o “atendimento de paciente em fase terminal

de doença ou acometido de grave e irreversível dano à saúde”, deve averiguar se o paciente possui documento de DAV. Caso afirmativo, o médico irá inserir as informações no prontuário do paciente (MARTINS, 2018; art. 7º, p.4).

Observa-se que o projeto de lei atribui ao médico a responsabilidade por averiguar acerca da existência de DAV, durante a situação apresentada acima. Isto não deve ser entendido, porém, que é apenas nesse momento - fase terminal da doença ou acometido de grave e irreversível dano à saúde - que o paciente será indagado sobre as DAV. O texto demonstra que outros profissionais devem estar envolvidos nesse processo de coletar informações e esclarecer sobre as DAV, sem sugerir categorias profissionais específicas, conforme apresentado a seguir.

No ato da admissão de paciente adulto para internação, os serviços de saúde coletarão informação sobre a existência de documento de diretivas antecipadas de vontade e, na sua falta, informarão sobre a possibilidade de o paciente elaborar tal documento (...) Os serviços de saúde, públicos e privados, disporão de profissionais capacitados para prestar esclarecimentos sobre o documento de diretivas antecipadas de vontade aos pacientes que assim o desejarem (MARTINS, 2018; art. 9º, p.5).

O projeto de lei esclarece que todo o documento ou apenas parte dele, pode ser revogado ou modificado a qualquer momento pelo próprio autor. Tais alterações podem ser realizadas através de declaração verbal diretamente ao prestador dos cuidados de saúde; e o médico assistente será responsável por registrar no prontuário a alteração da DAV (MARTINS, 2018).

A flexibilidade em relação à revogação ou alteração das DAV, permitindo que ocorra através de declaração verbal a qualquer momento, está em consonância com as preocupações já apresentadas na literatura. Esta aponta a delicada situação que envolve as DAV, pois pressupõe planejar acerca de situações que serão vivenciadas futuramente e não é possível garantir que o autor das DAV manterá os mesmos desejos quando o futuro se concretizar.

O projeto de lei aborda acerca do mandato duradouro, conforme demonstrado na literatura, porém sem utilizar esse termo. Possibilita que o declarante das DAV designe uma pessoa adulta e capaz para atuar como representante, o qual irá tomar as decisões sobre os cuidados de saúde que o declarante não puder fazer diretamente. O representante, por sua vez, pode renunciar à função através de documento escrito (MARTINS, 2018).

Outro ponto que merece destaque está relacionado ao direito de objeção de consciência dos profissionais de saúde, e assim podem recusar cumprir as DAV apresentadas pelo paciente. Entretanto, “a objeção de consciência só é passível de ocorrer quando for possível garantir o atendimento por outro profissional de saúde, de forma a não privar o paciente da devida assistência à saúde” (MARTINS, 2018, art. 8º, §2º, p.5). Tal situação ocorre também na Interrupção Legal da Gestação, onde deve ser garantido o acesso da paciente aos profissionais que não apresentam objeção de consciência em relação à tal prática.

Faz-se importante esclarecer que não existe objeção de consciência coletiva (ou institucional); trata-se de um direito individual (dos profissionais) garantido no Código de Ética Médica. O direito de consciência, religiosidade e expressão da vontade fazem parte dos instrumentos políticos e civis elencados pela Organização das Nações Unidas (ONU); porém, tais direitos não podem se impor frente a terceiros. Afinal, os terceiros também possuem sua liberdade de expressão de consciência, que pode conflitar com a do profissional de saúde (BRASIL, 2019).

Apresentado os principais aspectos do projeto de lei nº 149/2018, pontua-se novamente que este se encontra em tramitação. Entretanto, mesmo ainda não se apresentando expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, uma expressiva parcela da população já tem demonstrado interesse em exercer sua autonomia em relação aos tratamentos médicos. Desde a publicação da resolução CFM nº 1995/2012, houve um aumento de mais de 700% de DAV lavradas em Tabelionato de Notas; que tem apresentado informativos à população acerca do tema, conforme exemplificado na figura 02. Desse modo, é possível afirmar acerca da necessidade de se obter o reconhecimento jurídico das DAV através da lei específica, de forma a proporcionar maior segurança em seu cumprimento (ROCHA, 2018).

10 motivos para...

Fazer um testamento vital

(DAV – Diretivas Antecipadas de Vontade)

1

Dignidade

A DAV permite que o paciente escolha previamente a que tipo de tratamento médico deseja ou não ser submetido, preservando o direito à vida e morte dignas.

6

Autonomia

A DAV pode ser feita por qualquer pessoa, a qualquer tempo, desde que ela esteja lúcida e consiga expressar a sua vontade quanto ao destino de seu próprio corpo.

2

Tranquilidade

A DAV não antecipa a morte do paciente (eutanásia), apenas garante que ela ocorra de modo natural ou permite o seu retardamento, conforme a vontade do paciente.

7

Lealdade

Pela DAV é possível nomear um procurador para ficar responsável por apresentar aos médicos e à família do paciente, os desejos e escolhas antecipadamente feitas por ele.

3

Respeito

A DAV feita por escritura pública gera tranquilidade ao paciente de que a sua vontade será respeitada quando ele não puder mais se manifestar.

8

Revogabilidade

A DAV pode ser alterada ou revogada a qualquer tempo, desde que o paciente esteja lúcido.

4

Paz

A DAV proporciona maior conforto e menos sofrimento para a família do paciente no momento de dor.

9

Perpetuidade

A DAV fica eternamente arquivada em cartório, possibilitando a obtenção de 2ª via (certidão) do ato a qualquer tempo.

5

Segurança

A escritura pública oferece maior segurança para o médico cumprir integralmente os desejos do paciente, resguardando-o contra eventuais pressões de seus familiares.

10

Liberdade

É livre a escolha do tabelião de notas qualquer que seja o domicílio da parte.

Consulte sempre o tabelião de sua confiança: segurança jurídica a serviço do cidadão.



Colégio Notarial do Brasil
Seção São Paulo
<http://www.cribsp.org.br>

Fig. 02: Informativo sobre as DAV, realizadas pelo Colégio Notarial do Brasil, seção São Paulo.

4. Diretivas Antecipadas de Vontade e a relação paciente-profissionais de saúde

Dadalto, Tupinambás, Greco (2013) esclarecem que um dos objetivos de se propor um modelo de DAV é torna-lo mais conhecido, facilitando o acesso às pessoas. Não é suficiente apenas aprovar a legislação; é necessário torna-la de conhecimento do público em geral, envolvendo os pacientes e profissionais de saúde. Silva *et al* (2015) demonstrou que, mesmo após a resolução do CFM nº 1995/2012 que dispõe sobre as DAV, a maioria dos estudantes de medicina afirmava não saber da existência de tais diretivas. Entretanto, quando receberam esclarecimentos

sobre o tema, a maioria desses estudantes demonstrou que estariam dispostos a seguir o documento conforme a vontade expressa do paciente.

Os benefícios da DAV não envolvem apenas os pacientes, mas estende-se aos familiares e profissionais de saúde. O respaldo oferecido pelo documento escrito formulado pelo paciente, ou pela nomeação de seu representante, garante que profissionais e familiares sintam-se seguros para agir amparados na vontade expressa do paciente. Além do mais, é possível dessa forma, garantir a resolução de problemas éticos e morais que os profissionais de saúde muitas vezes são submetidos quando ocorre a perda da capacidade de expressão por parte dos pacientes (RAJÃO, 2013; COGO, LUNARDI, 2015).

Dadalto (2013) corrobora tal questão, ao afirmar que as DAV possuem importante papel ao promover a melhoria da relação médico-paciente e da autoestima do paciente; o qual se sente um participante ativo do seu processo de adoecimento. Representam uma mudança substancial na relação médico-paciente, que antes estava ligada à supremacia do conhecimento técnico do profissional e agora subordina esse conhecimento à vontade expressa pelo paciente.

Apesar dos possíveis benefícios, a população dos Estados Unidos – país precursor das DAV – apresentou baixa adesão (36,7%) na realização de tal documento, entre os anos de 2011 a 2016 (YADAV *et al*, 2017). Entre os motivos que poderiam explicar a baixa adesão, encontra-se o desconhecimento da população acerca das DAV. Este aspecto, por sua vez, pode estar relacionado à frágil interação entre profissional de saúde e paciente; ao considerar que os profissionais apresentam um papel importante para o fornecimento de informações acerca das DAV. Outra possível justificativa para a baixa adesão refere-se à dificuldade do declarante em registrar seus desejos, atrelado à incerteza acerca de sua vontade frente ao futuro processo de adoecimento e terminalidade da vida (FAGERLIN, SCHNEIDER; 2004).

Ressalta-se, que a discussão apresentada se torna possível no Brasil diante da mudança de paradigma em relação às condutas médicas. Como exemplo, cita-se o Código de Ética Médica de 1931, o qual explicitava que “um dos propósitos mais sublimes da medicina é sempre conservar e prolongar a vida” (PESSINI, 2007, p.138). Envolve assim, a obstinação terapêutica, a qual é caracterizada pelo esforço de manter a vida biológica a qualquer custo; mesmo sabendo-se que o paciente não

possui mais possibilidade de cura. Prolonga-se o sofrimento e dor de todos os envolvidos através de tratamentos agressivos, justificados pela não aceitação da morte (MATSUMOTO, 2012; SILVA *et al*, 2016). Desse modo, não se prolonga a vida, mas sim o processo de morrer (DALLARI, 1998) – prática conhecida como distanásia (PESSINI, 2007).

Desde 2009, o Código de Ética Médica (CFM, 2009; CFM, 2018) tem demonstrado aprovação à ortotanásia – “morte natural” – e repúdio à prática da distanásia, ao citar que diante doença incurável e terminal, o médico não deverá empreender ações terapêuticas inúteis ou obstinadas (TORRES, 2012). Entretanto, a distanásia continua a ocorrer rotineiramente nos hospitais brasileiros, realizado com frequência de forma despercebida (COMIN *et al*, 2017; WANSSA, 2012). Pesquisa realizada em quatro países – Brasil, Japão, Estados Unidos e Itália – sobre os cuidados no fim de vida, demonstrou que o Brasil é o país onde mais ocorre o prolongamento artificial da vida em detrimento do alívio da dor (Kaiser Foundation *apud* DADALTO, 2019).

Figure 6

Majority in U.S., Italy, and Japan Prioritize Reducing Pain and Stress over Prolonging Life; Brazilians More Divided

Which do you think should be more important when it comes to health care at the end of people's lives?

- Preventing death and extending life as long as possible
- Helping people die without pain, discomfort, and stress
- Both (Vol.)
- Not sure/No answer



NOTE: Neither (Vol.) responses not shown.

SOURCE: Kaiser Family Foundation/The Economist Four-Country Survey of Aging and End-of-Life Medical Care (conducted March–November 2016)



Fig. 03: Desejos prioritários no fim de vida de acordo com a população de quatro países. Fonte: Kaiser Family Foundation/The Economist – Pesquisa conduzida entre março de novembro de 2016).

As DAV vêm ao encontro dessa crítica à distanásia, ao permitir que o paciente possua autonomia para escolher quais tratamentos aceita ou não ser submetido; e assim evite um prolongamento do processo de morrer. Desse modo, o paciente pode manifestar seu desejo antecipadamente, antes de encontrar-se de fato na situação de adoecimento e terminalidade da vida.

5. Considerações finais

As DAV são um importante instrumento para equilibrar a relação assimétrica entre profissionais de saúde e pacientes, ao permitir que estes participem ativamente de seu processo de adoecimento. Através das DAV, os pacientes podem manifestar seus desejos em relação aos tratamentos e cuidados de saúde que aceitam ou não ser submetidos. Possibilita, assim, promover a autonomia do paciente mesmo quando este se encontra incapaz de estabelecer comunicação; como ocorre em grande parte dos pacientes em fim de vida.

Diversos países possuem legislação acerca das DAV, especialmente nos últimos 20 anos. O Brasil, possui um projeto de lei em tramitação; o que não impede que tais diretivas já sejam realizadas por aqueles que possuem interesse. Inclusive, uma das justificativas apresentadas para a aprovação da lei, baseia-se na resolução do CFM em 2012 que versa sobre o tema. Após tal resolução, houve um crescente aumento de DAV lavradas em cartórios.

Diante de tais dados, a aprovação da lei sobre as DAV no Brasil torna-se importante ao estabelecer parâmetros ao documento; assim como promover maior segurança aos pacientes e profissionais envolvidos. Entretanto, a aprovação da lei não é suficiente para tornar o tema de conhecimento da população. Desse modo, faz-se importante promover o debate entre os profissionais de saúde de modo contínuo; os quais devem orientar os pacientes sobre a possibilidade de realizar as diretivas – independente da aprovação da lei.

Referências

BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. **Princípios da ética biomédica**. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2011.

- BOMTEMPO, Tiago Vieira. Diretivas antecipadas: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente. **Rev Bioética y Derecho**, v.26, 2012.
- BRASIL. Portal de Boas Práticas em Saúde da Mulher, da Criança e do Adolescente. Principais questões sobre o aborto legal, 2019. Disponível em: <https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/atencao-mulher/principais-questoes-sobre-aborto-legal/>
- BRASIL. Senado Federal. Ofício 955/SF. Brasília, DF: Presidência do Senado Federal, 08 agost. 2018. Assunto: requerimento de autoria do Senador Paulo Rocha, para retirada definitiva da matéria.
- CASSOL, Paulo Barrozo; QUINTANA, Alberto Manuel; VELHO, Maria Teresa Aquino de Campos. Diretiva antecipada de vontade: percepção de uma equipe de enfermagem da hemato-oncologia. **Journal of Nursing and Health**, v.5, n.1, 2015.
- COGO, Silvana Bastos; LUNARDI, Valéria Lerch. Diretivas antecipadas de vontade aos doentes terminais: revisão integrativa. **Rev Bras Enferm**, v. 68, n. 3, 2015.
- COMIN, Lauren Tana *et al.* Percepção de pacientes oncológicos sobre terminalidade de vida. **Revista Bioética**, v. 25, n. 2, 2017.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). Código de ética médica: **resolução CFM nº 2217/2018**. Brasília: CFM, 2018. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217> Acesso em: 01 de abril de 2020.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). **Resolução n. 1995/2012**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília: CFM, 2012. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995> Acesso em: 25 de fevereiro de 2020.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). Código de ética médica: **resolução CFM nº 1931/2009**. Brasília: CFM, 2009. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm Acesso em: 03 de janeiro de 2020.

- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). **Resolução n. 1.805/2006**. Dispõe que na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Brasília: CFM, 2006. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm Acesso em: 04 de abril de 2020.
- DADALTO, Luciana. Morte digna para quem? O direito fundamental de escolha do próprio fim. **Pensar**: revista de ciências jurídicas, v. 24, n. 3, 2019.
- DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 4ª ed. São Paulo: Foco, 2018.
- DADALTO, Luciana. O que testamento vital não é? In: DADALTO, Luciana. **Blog últimas notícias e informações sobre testamento vital**. 24 out 2017. Disponível em: <https://testamentovital.com.br/blog/o-que-o-testamento-vital-nao-e/> Acesso em: 05 de abril de 2020.
- DADALTO, Luciana. A necessidade de um modelo de Diretivas Antecipadas de Vontade para o Brasil: estudo comparativo dos modelos português e francês. **Revista M**: estudos sobre a morte, os mortos e o morrer, v. 1, n. 2, 2016.
- DADALTO, Luciana. Capacidade versus discernimento: quem pode fazer diretivas antecipadas de vontade? In: Dadalto, Luciana (Org). **Diretivas antecipadas de vontade**: ensaios sobre o direito à autodeterminação. Belo Horizonte: Letramento; 2013.
- DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da resolução CFM 1995/2012. **Revista Bioética**, v.21, n.1, 2013a.
- DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioética**, v. 21, n. 3, 2013.

- DALLARI, Dalmo de Abreu. Bioética e direitos humanos. In: Costa, Sérgio Ibiapina Ferreira; Oselka, Gabriel; Garrafa. Volnei (Org). **Iniciação à bioética**. Brasília: CFM; 1998.
- FAGERLIN, Angela; SCHNEIDER, CARL E. Enough: the failure of the living will. **Hastings Center Report** 34 (2), 2004.
- KOVÁCS, Maria Júlia. A caminho da morte com dignidade no século XXI. **Revista bioética**, v.22, n.1, 2014.
- KOVÁCS, Maria Júlia. **Educação para a morte**: temas e reflexões. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008.
- KOVÁCS, Maria Júlia. Bioética nas questões de vida e morte. **Psicologia USP**, v. 14, n. 2, 2003.
- LIMA, Maria de Lourdes Feitosa; REGO, Sérgio Tavares de Almeida; SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo. Processo de tomada de decisão nos cuidados de fim de vida. **Revista bioética**, v. 23, n. 1, 2015.
- MATSUMOTO, Dalva Yukie. Cuidados paliativos: conceito, fundamentos e princípios. In: Carvalho, Ricardo Tavares de; Parsons, Henrique Afonseca (Org). **Manual De Cuidados Paliativos ANCP**. 2^a ed, 2012.
- MARTÍNEZ, K. Los documentos de voluntades anticipadas. **Anales del Sistema Sanitario de Navarra**, v. 30, n.3, 2007.
- MARTINS, Laiser. **Projeto de Lei n. 149/2018**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde. Brasília: Senado Federal, 03 abr. 2018. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132773>. Acesso em: 01 de março de 2020.
- MONTEIRO, Renata da Silva Fontes; JÚNIOR, Aluísio Gomes da Silva. Diretivas antecipadas de vontade: percurso histórico na América Latina. **Revista Bioética**, v. 27, n. 1, 2019.
- NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Apontamentos sobre o direito de testar. In: PEREIRA, Tânia

- da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloiza Helena (Org). **Vida, morte e dignidade humana**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.
- PESSINI, Leocir. **Distanásia**: até quando prolongar a vida? 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2007.
- RAJÃO, R. B. D. Diretivas antecipadas de vontade e a eutanásia. In: Dadalto Luciana (Org). **Diretivas antecipadas de vontade: ensaios sobre o direito à autodeterminação**. Belo Horizonte: Letramento, 2013.
- REGO, Sergio; PALÁCIOS, Marisa; SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo. **Bioética para profissionais da saúde**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009.
- ROCHA, Paulo. **Projeto de Lei n. 267/2018**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade acerca de cuidados médicos a serem submetidos os pacientes nas situações especificadas. Brasília: Senado Federal, 29 maio. 2018. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133458>. Acesso em: 01 de março de 2020.
- SANCHEZ, Kilda Mara Sanchez y; SEIDL, Eliane Maria Fleury. Ortotanásia: uma decisão frente à terminalidade. **Interface**: comunicação saúde educação, v. 17, n.44, 2013.
- SILVA, José Antônio Cordeiro; *et al.* Conhecimento de estudantes de medicina sobre o testamento vital. **Revista Bioética**, v. 23, n. 3, 2015.
- SILVA, Rudval Souza da; *et al.* Percepção de enfermeiras intensivistas de hospital regional sobre distanásia, eutanásia e ortotanásia. **Revista Bioética**, v. 24, n. 3, 2016.
- SILVEIRA, Maria José; KIM, Scott Y H; LANGA, Keneth M. Advance directives and outcomes of surrogate decision making before death. **New England Journal of Medicine** 362 (13), 2010
- TORRES, José Henrique Rodrigues. Ortotanásia não é homicídio, nem eutanásia. Quando deixar morrer não é matar. In: Carvalho,

Ricardo Tavares de; Parsons, Henrique Afonseca (Org). **Manual De Cuidados Paliativos ANCP**. 2^a ed, 2012.

WANSSA, Maria do Carmo Demasi. **Morte digna e lugar onde morrer**: percepção de pacientes oncológicos e de seus familiares. 2012. Tese (Doutorado em Bioética). Faculdade de Medicina de Porto, Lisboa, 2012.

YADAV, Kuldeep N *et al*. Approximately one in three US adults completes any type of advance directive for end-of-life care. **Health Affairs**, v. 37, n. 7, 2017.

INSTRUMENTOS DE COBRANÇA PELA GESTÃO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS: DESAFIO AOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS

José Laécio de Moraes

Introdução

Semelhantemente ao que acontece em outros países da América Latina e do Caribe, o Brasil enfrenta desafios na gestão de seus recursos ambientais considerados, por muitos, como quase inalcançáveis, dentre estes, à gestão de seus resíduos sólidos urbanos, considerado um problema recorrente e particularmente mais grave em países com maiores demandas de serviços de limpeza pública, têm preocupado pesquisadores e gestores públicos por tratar-se de um problema que afeta diretamente a qualidade ambiental e a saúde da população em geral (ACURIO et al., 1997).

Um componente a ser considerado quando tratamos da temática dos resíduos sólidos consiste na geração desses, sendo que esta depende de diversos fatores, sejam eles: culturais, hábito de consumo, poder aquisitivo, fatores climáticos, nível educacional (LIMA, 1995 apud FARIA, 2002) e das características de sexo, idade, costumes e outras características dos grupos populacionais.

Em estudo realizado pela *Global Partnership on Waste Management* (GPWM) foi apontada a tendência de que em 2030, a classe média mundial chegue a 4,9 bilhões de pessoas, com novos consumidores

no mercado, o preocupante é que o mesmo estudo aponta que esse crescimento acontece enquanto as cidades dispõem de sistemas inapropriados para lidar com o lixo, uma vez que a gestão de resíduos sólidos pode ser entendida como um dos serviços públicos mais complexos e caros, necessitando de grandes investimentos por parte do orçamento municipal, que na maioria das vezes é insuficiente (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE RESÍDUOS SÓLIDOS E LIMPEZA PÚBLICA, 2012, p. 51).

O Diagnóstico do Manejo de Resíduos Sólidos Urbanos de 2010, apresentado pelo Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), do Ministério das Cidades, apontou que os municípios brasileiros, de forma geral, apresentaram uma elevada cobertura do serviço regular de coleta domiciliar, igual a 98,5% da população urbana, sendo coletados mais de 35,4 milhões de toneladas de resíduos durante o ano de 2010 nos municípios participantes da pesquisa, sendo que a quantidade produzida *per capita* variou entre 0,79 kg/hab./dia e 1,40, nas regiões Sul e Centro-Oeste, respectivamente, enquanto a média nacional foi de 0,93 kg/hab./dia. As informações constantes no diagnóstico permitem estimar que sejam coletados cerca de 53 milhões de toneladas de resíduos no ano. (BRASIL, 2012a).

Neste trabalho realizamos um levantamento bibliográfico com a finalidade de discutir as dificuldades de implementação de instrumentos de cobranças pela gestão dos resíduos sólidos pelas gestões municipais.

Cobrança pela gestão de resíduos sólidos

Um preocupante problema relacionado à gestão pública dos resíduos sólidos é a cobrança ou não pelos serviços de coleta, gestão e tratamento destes, pois muitas vezes o pagamento se considera como um “pecado” do administrador, dificultando a implantação desta nova taxa. Nesse sentido, é importante considerar que grande parte dos municípios brasileiros não cobra por esse tipo de serviço, gerando sérios problemas de desinformação administrativa e econômica, pois as pessoas não sabem o quanto produzem e nem tampouco o quanto é gasto para dispor os resíduos que geram, não havendo, desta forma, um in-

centivo aos agentes produtores de resíduos para que mudem de comportamento, – como seria a redução da produção na fonte produtora.

Ao anterior se agrega, e não menos preocupante, ainda, é o fato de como não existe um item de recurso financeiro específico para essa gestão, orçamento que acabará saindo de outros itens do orçamento municipal, como educação e saúde, fato que prejudica administrativamente estas áreas, pois, em muitos casos, já se possui déficit de recursos para elas (BRASIL, 2007a).

Do ponto de vista de entidades privadas, a visão da Associação Brasileira de Limpeza Pública (ABLP), ao tratar da cobrança pela gestão dos resíduos sólidos, argumenta que “as prefeituras podem instituir taxas referentes aos serviços de coleta, transporte, tratamento e destinação final. Esses são os chamados serviços divisíveis, pois é possível fracionar quanto cada imóvel gerou de resíduo” (ABLP, 2012, p. 20). O que se torna uma realidade urgente a resolver é a necessidade de que alguém pague os custos da gestão dos resíduos. Neste caso, a lógica indica que essa obrigação caberia aos geradores, independente do seu porte (pequenos, médios ou grandes).

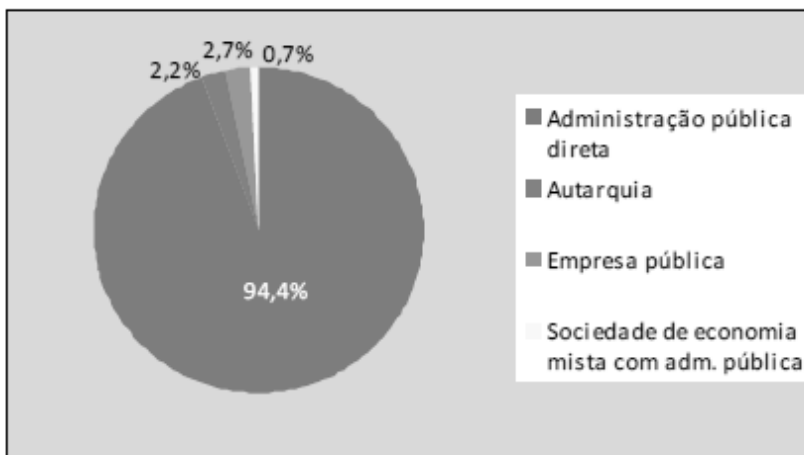
Com esse entendimento, foi somente a partir da segunda metade do século XIX, que os serviços de limpeza urbana, coleta e disposição final do lixo passaram a ser executados e cobrados de forma sistemática pelo Poder Público nos grandes centros urbanos tanto da Europa quanto da América (FARIA, 2002).

Em termos jurídicos, a Constituição Federal, em seu art. 145, II, autoriza os entes públicos instituir taxas em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou posto à sua disposição. A taxa é decretada em lei e autorizada num ano para cobrança no exercício imediato (BRASIL, 1988).

Agora na visão do Poder Público, o Ministério das Cidades apontou através de estudos publicados recentemente que os órgãos públicos que tratam do manejo de resíduos sólidos urbanos nos municípios são, em sua grande maioria, órgãos da administração direta (94,4%). Sendo que as empresas públicas (2,7%), autarquias (2,2%) e as sociedades de economia mista com administração pública (0,7%) são a pequena minoria (Gráfico 8), fator que contribui para aumentar ainda mais a

responsabilidade direta dos gestores municipais com a gestão desses resíduos (BRASIL 2012a).

Gráfico 1. Natureza jurídica dos órgãos gestores do manejo de RSU participantes do SNIS-RS 2010, segundo percentual de participação.



Fonte: BRASIL, 2012a.

Do ponto de vista espacial, as estratégias de gestão podem ser notadas também analisando-as de forma regionalizada pelos órgãos que fazem o manejo dos resíduos sólidos. Um exemplo disso é a ausência de qualquer autarquia ou sociedade de economia mista e um baixíssimo percentual para empresa pública, apenas uma (1,3%) na região Norte, enquanto a mesma região os órgãos que integram a administração pública direta somam um percentual 98,7%. (BRASIL, 2012a).

Nas outras regiões, os valores quantitativos condizem com as médias do País, sendo que a soma dos percentuais de autarquias e empresas públicas alcança aproximadamente 5%, apesar de também ser alta a incidência de órgãos integrantes das administrações públicas diretas, (BRASIL, 2012a).

Quanto aos órgãos que fazem a gestão dos serviços de manejo de resíduos sólidos, percebe-se a predominância daqueles que executam os serviços de forma exclusiva, são em torno de 64,9%, enquanto o percentual daqueles que também prestam outros serviços, como servi-

ços de abastecimento de água e esgotamento sanitário totalizam apenas 17,7%, conforme demonstra o Quadro 1 (BRASIL, 2012a).

Quadro 1. Órgãos gestores do manejo de RSU participantes do SNIS-RS que prestam outros serviços de saneamento, segundo região geográfica.

Região	Quantidade de municípios	Prestação de serviços de água e esgoto, ou ambos pelo órgão de manejo RSU			
		Somente manejo RSU	Manejo RSU + água	Manejo RSU + esgotos	Manejo RSU + água + esgotos
	(município)	%	%	%	%
Norte	77	64,9	9,1	7,8	18,2
Nordeste	395	68,6	7,6	13,7	10,1
Sul	795	58,6	1,1	12,8	27,4
Sudeste	666	68,8	13,8	5,7	11,7
Centro-Oeste	137	72,3	11,7	3,6	12,4
Total	2.070	65,0	7,4	9,9	17,7

Fonte: BRASIL, 2012a.

Entretanto, diferentes estudos revelam que, independentemente da qualidade dos serviços ofertados, as receitas arrecadadas não conseguem cobrir os custos com a gestão dos resíduos. Agravando-se ao fato, dados existentes em outras fontes de informação apontam que no Brasil, em média 5 a 15% do orçamento dos municípios é consumido em limpeza urbana, manejo, gestão e disposição final de resíduos sólidos (SELUR, 2011).

Complementando o exposto anteriormente, Faria (2002) afirma que:

(...) atualmente a taxa de limpeza pública não perfaz receita suficiente para sustentar o serviço. Assim, o tratamento dos resíduos sólidos de quase todos os municípios é custeado pelo Tesouro Municipal, cujos recursos provêm dos impostos municipais (IPTU, ISS e ITBI, art. 156 da CF), da taxa específica do

serviço de limpeza pública e, ainda, do Fundo de Participação dos Municípios (FARIA, 2002, p. 59).

Estudos apontam, ainda, que o valor cobrado pelo serviço realizado varia de acordo com a quantidade de população dos municípios. Assim, os municípios com população de até 30.000 habitantes têm um custo estimado de cerca de R\$ 48,30/t de resíduos sólidos coletados, transportados e tratados, enquanto nos municípios de população entre 1.000.001 e 3.000.000 de habitantes esse gasto passa para R\$ 58,61/t, situação que preocupa os gestores públicos, dada a ausência de fontes de financiamento para esses serviços na maioria dos municípios brasileiros, sendo que 35,4% não cobram por serviços regulares de limpeza pública efetuados (BRASIL, 2007a).

Ainda segundo Brasil (2012a), estima-se que, fazendo-se um rateio para a população urbana do País, o valor das despesas com o manejo dos resíduos sólidos seja de R\$ 73,48 por habitante/ano, registrando-se os menores valores na região Norte (R\$ 52,03) e os mais elevados na região Centro-Oeste (R\$ 89,33). A média nacional encontra-se por volta de R\$ 74,00 *per capita*, igualando-se a ela as médias das outras regiões brasileiras. Analisando mais profundamente o estudo do Ministério do Meio Ambiente, percebe-se que as prefeituras tiveram um gasto aproximado de R\$ 11,8 bilhões com despesas de pessoal, veículos, manutenção, insumos e demais remunerações, exceto investimentos, para a lida com os resíduos sólidos urbanos em todo o Brasil, fator preocupante, quando consideramos a deficiência na existência de mecanismos de arrecadação para financiar esses gastos.

Legalmente, o Art. 30 da Constituição Federal garante aos municípios a competência de legislar sobre assuntos de interesse local e instituir e arrecadar os tributos de sua competência e efetuar a devida aplicação de suas rendas (BRASIL, 1988), nesse contexto entende-se que a cobrança pelos serviços de gestão de resíduos sólidos está contemplada pela legislação federal.

Mais especificamente a Política Nacional de Saneamento Básico, instituída pela Lei nº 11.445 de 2007, em seu artigo 29, garante que:

terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada, sempre que possível, mediante remuneração pela cobrança dos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos: taxas ou tarifas e outros preços públicos, em conformidade com o regime de prestação do serviço ou de suas atividades (BRASIL, 2007b).

Na visão de Brasil (2012b), uma antiga discussão sobre a implementação ou não de mecanismos de cobrança por serviços de coleta, tratamento e disposição final de resíduos sólidos foi encerrada após a aprovação da Política Nacional de Resíduos Sólidos, em agosto de 2010. Esta lei exige uma série de obrigações, como o fato de que os planos sejam transparentes sobre a lógica do sistema de cálculos de composição dos custos da prestação de serviços públicos, e a forma como estes serão cobrados aos seus usuários. Para cumprir a disposição anterior, deve observar-se as proporções entre os níveis de geração, sendo vedado a realização, pelo poder público, participar em qualquer uma das etapas da gestão de resíduos que seja de responsabilidade dos seus geradores, estando, estes últimos, obrigados a implementar seus próprios Planos de Gerenciamento de Resíduos Sólidos.

Para a ABLP (2012, p. 20) “a cobrança pelos serviços de coleta dos resíduos sólidos é justa para manter a sustentabilidade financeira do município. Afinal, com as metas trazidas pela PNRS, os municípios e toda a população precisam arcar com os custos de uma gestão alinhada com os novos valores ambientais”.

Ainda com relação à Política Nacional de Resíduos Sólidos, esta norma federal prevê que no conteúdo mínimo dos Planos Municipais de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos exista um “sistema de cálculo dos custos da prestação dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, bem como a forma de cobrança desses serviços, observada a Lei nº 11.445, de 2007” (BRASIL, 2010).

Formas de cobrança pela gestão de resíduos sólidos

As formas de gestão de resíduos sólidos são diretamente influenciadas pela sua capacidade econômica de manter-se viável, ou ao me-

nos possível de ser executado com os recursos disponíveis. Sabendo-se que corresponde a uma obrigação legal dos municípios gerenciarem os resíduos domiciliares nele gerados, é necessário pensar-se de onde virão os recursos financeiros para financiar sua gestão, quando este serviço se realiza de forma direta através de órgão da administração municipal, habitualmente os gestores utilizam parte dos recursos do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) para financiar as despesas com o manejo dos resíduos sólidos.

No caso de autarquias, estas devem possuir capacidade de se autoadministrar a respeito das matérias específicas que lhes foram conferidas pela pessoa pública política que lhes deu vida, ou seja, deveriam ser responsáveis por gerenciar suas receitas e despesas de forma a manter-se equilibrada economicamente e executando os serviços a ela atribuídos com eficiência e qualidade desejadas. Sendo o principal desafio de uma autarquia que gere o manejo de resíduos sólidos, conseguir fontes de financiamento para tal objetivo, uma vez que instrumentos de cobrança por serviços desse tipo ainda são incipientes e rejeitados pelos usuários deste serviço no Brasil.

Já quanto às empresas de economia mistas, têm a vantagem de contar não somente com os investimentos públicos, mas também permitem investimentos diretos do setor privado. Em contrapartida esbarram com a difícil tarefa de criar mecanismos de retorno para seus lucros através da cobrança direta pelos serviços prestados, fato que também não é bem aceito pelos usuários, tendo em vista a cultura amplamente disseminada nos brasileiros de que os resíduos são um problema para os governantes resolverem e que o poder público dispõe de recursos financeiros para esse fim, fato que na maioria dos casos não condiz com a realidade de muitos municípios.

Segundo Brasil (2012b), grande percentual de municípios agrega os custos com os serviços de manejo dos resíduos nas alíquotas de cobrança do IPTU, ou o fazem por meio da cobrança via boleto de consumo de água e esgoto (através de convênios). No primeiro caso, se cobra um valor fixo, fato que nem sempre garante a cobertura dos gastos operacionais por não considerar a quantidade de resíduo sólido gerado por domicílio, o que corresponde a uma estimativa muito geral em que os contribuintes não têm ciência do que estão pagando. Já na

segunda forma de cobrança (por meio de boleto de consumo de água e esgotamento sanitário), a grande vantagem desse modelo de cobrança está em que a arrecadação de receita para cobertura de gastos com limpeza pública é mais segura, pois o fato de a água e a eletricidade serem serviços essenciais, o pagamento dessas faturas acaba sendo mais frequentes e constantes comparando-se ao pagamento de IPTU (SELUR, 2011).

O pagamento da taxa de limpeza pública no IPTU tem sido apontado como um instrumento ineficiente não apenas por ser incapaz de cobrir ou se aproximar de cobrir os gastos com a gestão dos resíduos sólidos, mas também por homogeneizar os pagantes, não havendo benefícios para aqueles que separam os resíduos e dão destinação adequada a eles, daqueles que enviam todos os resíduos ao aterro sanitário. Além disso, essa taxa não é discriminada, sendo difícil de geri-la.

Um exemplo desse tipo de cobrança foi enunciado por Faria (2002) quando explica que a taxa paga para a remoção do lixo na cidade do Rio de Janeiro é cobrada anualmente junto com a taxa de iluminação pública e com o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU). Faria (2002) continua explicando que:

o valor da taxa refere-se ao valor presumido dos custos do serviço de limpeza pública prestado. A taxa tem como base de cálculo o IPTU, isto é, cada imóvel tem o seu cálculo baseado na área construída do imóvel, na região urbana onde ele se situa, no seu valor venal e, ainda, em um fator de ponderação decorrente do seu tipo de uso (domicílio, mercado, comércio, banco etc.) e sobre esse somatório de fatores de um imóvel incide uma alíquota (FARIA, 2002, p. 59).

Conforme Brasil (2011), em função das características da composição e da produção dos resíduos (análise gravimétrica, projeção de evolução da produção de resíduos, entre outros) e das metas estabelecidas para a sua efetivação, recomenda-se que seja implementada uma combinação de Instrumentos Econômicos (IEs) para a cobrança pelos serviços de gestão dos resíduos sólidos. Dentre eles, estão:

- Taxa de coleta por unidade de resíduo gerado, que deve ser principalmente aplicada em municípios de grande porte, para maior eficiência do sistema.
- Taxa aplicada sobre o tipo de destinação final, paga pelo município ao órgão federal ou estadual (ou em certos casos, paga pela população), que tem por finalidade reduzir a quantidade de resíduo eliminado em lixão, aterro controlado ou sanitário.
- Tarifas para embalagens e materiais acordados na logística reversa: Os postos de coleta da logística reversa, como por exemplo, os Locais de Entrega Voluntária (LEVs) e os Pontos de Entrega Voluntária (PEVs), podem ser criados priorizando a contratação de cooperativas e associações de catadores de materiais recicláveis, já que estas são as responsáveis por grande parte do volume de materiais reciclados no país.
- Incentivos à implementação de projetos MDL em aterros sanitários e tratamento de resíduos agropecuários;
- Incentivos à compostagem através de incentivos fiscais e/ou subsídios;
- Considerar critérios de gestão de resíduos sólidos para distribuição de ICMS Ecológico nos Estados que possuem legislação. (BRASIL, 2011, p. 52).

A institucionalização de instrumentos apropriados de cobrança específica para os serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos e sem vinculação ao IPTU se constitui num dos instrumentos de fortalecimento da gestão desses serviços, sendo a principal estratégia do Governo Federal apoiar os municípios através da:

formatação e implementação de modelos adequados de cobrança de forma a: (i) garantir o acesso aos serviços por parte de toda a população abrangida pela área ou 100% de cobertura da prestação dos serviços de coleta/tratamento/disposição final em

todo o território abrangido pelo Consórcio/município; (ii) sustentabilidade econômico-financeira do sistema como um todo. (BRASIL, 2011, p. 75)

Outro ponto de importante consideração econômica reside no fato de que a receita do IPTU está vinculada a diversos outros compromissos municipais e dispõe de percentuais mínimos que devem ser aplicados em áreas específicas da administração municipal, não sendo atrelado diretamente à gestão de resíduos sólidos municipais, daí a necessidade de aplicação de alguns tipos de instrumentos de cobrança específicos para a gestão destes resíduos.

Do ângulo prático, Faria (2002, p. 60) acredita que “a tendência no mundo moderno é fazer com que cada cidadão ‘pague pelo que joga fora’, ou seja, a cobrança seria feita a cada contribuinte pela real quantidade de resíduos, em peso ou volume, por ele gerado”.

Já o Plano Nacional de Resíduos Sólidos, como norma superior que veio para legislar e ordenar o caos existente no setor de resíduos, em seu capítulo de metas, apresenta a situação atual do setor e faz projeções, baseando-se no plano de metas para a Federação, e para que os municípios brasileiros com cobranças por serviços de Resíduos Sólidos Urbanos sem vínculo com IPTU, determina que fossem apresentados três cenários para o plano de metas, sendo eles: Favorável/Legal, Intermediário e Desfavorável, conforme Quadro 3. No cenário mais favorável, em 2031, 95% dos municípios brasileiros deveriam ter implantados os seus sistemas de cobranças específicos para resíduos sólidos, sendo que para o mesmo período em uma projeção desfavorável a meta cairia para 75% dos municípios.

Em se tratando de Região Nordeste, a situação futura não deixa de ser preocupante, uma vez que se constata que apenas 5% dos municípios fazem a cobrança de forma separada do IPTU, sendo esta região a que terá grandes desafios a serem enfrentados para alcançar suas metas, que mesmo em um cenário desfavorável, deverá ter implantado, até 2031, instrumentos de cobrança, em pelo menos, 55% de seus municípios, já no cenário favorável essa meta deverá alcançar os 92% de municípios.

Quadro 3. Municípios com cobrança por serviços de RSU, sem vinculação com o IPTU.

Meta	Região	Situação Atual	Plano de Metas Favorável / Legal				
			2015	2019	2023	2027	2031
Municípios com cobrança por serviços de RSU, sem vinculação com o IPTU	Brasil	11	45	55	65	75	85
	Região Norte	8	32	45	60	70	90
	Região Nordeste	5	30	40	55	65	92
	Região Sul	15	55	70	85	90	98
	Região Sudeste	15	50	65	80	85	96
	Região Centro-oeste	12	45	55	70	75	94
	Custo						
Meta	Região	Situação Atual	Plano de Metas Intermediário				
Municípios com cobrança por serviços de RSU, sem vinculação com o IPTU	Brasil	11	40	52	65	75	85
	Região Norte	8	30	40	45	55	70
	Região Nordeste	5	25	35	40	50	70
	Região Sul	15	50	60	75	85	90
	Região Sudeste	15	50	60	70	80	85
	Região Centro-oeste	12	40	50	60	70	80
	Custo						
Meta	Região	Situação Atual	Plano de Metas Desfavorável				
Municípios com cobrança por serviços de RSU, sem vinculação com o IPTU	Brasil	11	35	48	55	68	75
	Região Norte	8	26	38	42	55	60
	Região Nordeste	5	23	32	38	52	55
	Região Sul	15	48	65	75	85	95
	Região Sudeste	15	44	60	72	81	95
	Região Centro-oeste	12	30	40	48	62	70
	Custo						

Fonte: Brasil (2011, p.93)

Resultados e discussão

A remuneração dos custos da gestão integrado de resíduos sólidos pode ocorrer das seguintes formas: a) Pela totalidade das receitas não vinculadas do município, basicamente formadas por impostos e transferências constitucionais, sendo o serviço considerado benéfico à população em geral, sem possibilidade de individualização dos respectivos usuários; b) Por meio de taxa de utilização efetiva ou potencial de serviços, como forma de remuneração de atividade estatal divisível e específica, e; c) Por tarifa, configurando um preço público a ser cobrado do tomador do serviço.

Dada a falta de recursos financeiros, as administrações municipais devem rever a tradicional forma de financiar o sistema dos serviços de resíduos sólidos, aquelas financiadas pelas receitas totais do município ou aquelas financiadas por meio de taxa de limpeza pública.

A questão, no entanto, é polêmica pelas seguintes razões: a) Desgaste político; b) Dificuldade de se estabelecer uma forma adequada de cobrança de todos os serviços envolvidos no processo de gestão dos resíduos sólidos; c) Dificuldade de se estabelecer uma forma adequada de cobrança para as várias categorias de geradores; d) Inexistência de um

mecanismo de medição dos resíduos; e) Deficiência das administrações de identificar os verdadeiros custos da gestão.

Várias tem sido as soluções encontradas para resolver esta questão, entre elas: a) Cobrança de tarifa para a coleta e a disposição final de resíduos sólidos residenciais, comerciais, industriais assemelhados e oriundos de unidades de saúde, bem como para disposição final dos resíduos especiais provenientes de grandes geradores, de entulho e materiais de construção e de galharia. Isto porque, nestes casos, é possível estabelecer um preço a ser cobrado de cada usuário do serviço, de acordo, por exemplo com a quantidade e tipo do lixo; b) Financiamento pelo caixa único municipal somente para os serviços de limpeza de logradouros públicos, situação na qual se enquadrariam os serviços de varrição de ruas, pois a indivisibilidade destes serviços dificulta sua cobrança.

Assim sendo, a remuneração dos custos dos serviços de resíduos sólidos pode ser dividida simplesmente em coleta de lixo domiciliar, limpeza dos logradouros e disposição final. Dessa forma, pela coleta de lixo domiciliar, cabe a prefeitura cobrar da população uma taxa específica, denominada taxa de coleta de lixo.

O valor unitário da Taxa de Coleta de Lixo – TCL pode ser calculado simplesmente dividindo-se o custo total anual da coleta de lixo domiciliar pelo número de domicílios existentes na cidade. Todavia, esse valor unitário pode ser adequado às peculiaridades dos diferentes bairros da cidade, levando em consideração alguns fatores, tais como os sociais e operacionais.

Alguns serviços específicos, passíveis de serem medidos, cujos usuários sejam também perfeitamente identificados, podem ser objetos de fixação de preço e, portanto, ser remunerados exclusivamente por tarifas.

Considerações finais

Existem grandes entraves para o cumprimento das metas estabelecidas pela Política Nacional de Resíduos Sólidos, especialmente as que tinham prazos pré-estabelecidos, são: (1) ainda existem milhões de lixões ativos, (2) falta planejamento para a gestão de resíduos e (3) é deficitária educação ambiental da população e inegável o despre-

paro técnico dos municípios para gerir a coleta seletiva. Ainda que se trate de um assunto polêmico, sujeito a julgamento popular, em um cenário político em que a população já sofre com o pagamento de altos encargos tributários, o tema da limpeza urbana não pode ser simplesmente considerado um ônus político de difícil solução, ao contrário, deve ser tratado como serviço público essencial que é, desvinculado de qualquer pretensão eleitoral, haja vista que esses serviços necessitam, em regra, de vultuosos investimentos que atualmente, na maioria dos municípios, são remunerados pelo orçamento público, sem qualquer vinculação.

Um outro desafio ao Poder Público brasileiro é o estabelecimento de formas de remuneração dos serviços de resíduos sólidos que sejam precedidos por estudos de viabilidade e sustentabilidade econômica do sistema de gerenciamento integrado. Tais estudos deverão identificar e analisar os custos do sistema, considerando o desenho de cenários futuros, bem como compatibilizar custos a possíveis fontes de financiamento.

Concluimos que uma realidade urgente a resolver é a necessidade de que alguém pague os custos da gestão dos resíduos no Brasil. Neste caso, a lógica indica que essa obrigação caberia aos geradores, independente do seu porte (pequenos, médios ou grandes).

Referências

- ACURIO, G.; ROSSIN, A.; TEIXEIRA, P. F.; ZEPETA, F., 1997. *Diagnóstico de la Situación de Manejo de Residuos Sólidos Municipales en América Latina y el Caribe*. Washington, DC: Banco Interamericano de Desarrollo/Organización Panamericana de la Salud –BID/OPAS.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE RESÍDUOS SÓLIDOS E LIMPEZA PÚBLICA - ABLP. *Revista LIMPEZA PÚBLICA*. nº 83. São Paulo: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE RESÍDUOS SÓLIDOS E LIMPEZA PÚBLICA, 2012, p. 51.
- BRASIL. 1988. *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>

ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 12 de Julho de 2012.

_____, CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Política municipal de meio ambiente*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2007a. p. 126.

_____. 2007b. *Lei nº 11.445/2007 - Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm Acesso em 03 de Maio de 2012.

_____. 2010. *Lei nº 12.305 - Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm. Acesso em 17 de Julho de 2012.

_____. *Diagnóstico do Manejo de Resíduos Sólidos Urbano- 2010: Sistema Nacional de Informação sobre Saneamento*. Brasília, DF: MCIDADES, 2012a.

_____, MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE - MMA. *PLANOS DE GESTÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS: MANUAL DE ORIENTAÇÃO – Apoiando a implementação da Política Nacional de Resíduos Sólidos: do nacional ao local*. Brasília-DF: MMA, 2012b.

FARIA, Flávia dos Santos. *ÍNDICE DA QUALIDADE DE ATERROS DE RESÍDUOS URBANOS*. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2002. p. 312.

SELUR. *Guia de orientação para adequação dos Municípios à Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS)*. São Paulo-SP: SELUR, 2011.

A PANDEMIA DO CORONAVIRUS E OS IMPACTOS EM CONTRATOS DE CONSUMO

Cinira Gomes Lima Melo

Thaís Cíntia Cárnio

INTRODUÇÃO

Desde o final de 2019, uma doença infecciosa causada por um novo vírus denominado coronavírus (COVID-19) tem assolado vários países no mundo causando grande espanto, pois foi identificado pela primeira vez em seres humanos.

Similar a uma gripe forte, apresenta tosse, febre e pode ocasionar pneumonia. Pontos alarmantes, como o alto índice de letalidade em idosos, imunodeficientes e a facilidade de contágio, ensejaram a adoção de medidas contundentes, objetivando debelar a pandemia.

Para tanto, ações de isolamento horizontal foram tomadas por governantes em várias esferas. Com isso, os cidadãos devem evitar aglomerações, permanecer em sua residência, evitando ao máximo sair às ruas ou ter contato próximo com outras pessoas. Estabelecimentos de várias naturezas foram provisoriamente fechados: igrejas, clubes, cinemas, buffets, academias, restaurantes e as aulas presenciais de todos os níveis educacionais foram suspensas.

Com esse cenário, vários contratos deixaram de ser cumpridos, seja em sua integralidade, seja nos moldes exatos que foram pactuados originalmente. Dentre eles, encontram-se os contratos relacionados a consumo.

A fim de analisar a responsabilidade do fornecedor perante o consumidor em virtude de descumprimento contratual, passa-se ao exame das características da relação de consumo.

1 Análise dos impactos nos contratos de consumo

No contexto da proteção contratual do consumidor o objetivo desse estudo é analisar os impactos da pandemia causada pela disseminação do coronavírus. Apesar da incipiente crise, já é possível prever que os problemas que inundarão o Poder Judiciário girarão em torno de dois aspectos centrais: i) a possibilidade de revisão de contratações de trato sucessivo ou resolução por onerosidade excessiva, em razão do princípio *rebus sic stantibus*, fundamento da teoria da imprevisão; e, ii) a possibilidade de resolução dos contratos por força maior, sem o cumprimento da obrigação assumida tanto por parte do fornecedor como por parte do consumidor. Essas serão as perspectivas aqui ventiladas que, por óbvio, não pretendem esgotar o tema, mas delinear pontos relevantes para a discussão.

Percebe-se que o ponto comum e fundamental para análise do problema apresentado é o fato de considerar a pandemia como hipótese de caso fortuito ou força maior e relacioná-lo à teoria do risco, fundamento da responsabilidade objetiva instituída pelo Código de Defesa do Consumidor, bem como, aos requisitos configuradores da teoria da imprevisão.

Dessa forma, primeiramente, cumpre contextualizar a proteção contratual e da responsabilidade civil fundada no Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078 de 1990.

1.1 Contextualização sobre a proteção contratual do consumidor

A legislação consumerista foi fruto de movimento que começou nos Estados Unidos da América. Em 15 de março de 1962, o então Presidente, John Fitzgerald Kennedy, proferiu a Declaração dos Direitos do Consumidor, dando origem ao Dia Internacional dos Direitos do Consumidor. Tal declaração influenciou a Organização das Nações Unidas, que publicou a Resolução nº 39/248, de 10 de abril de 1985,

elencando as diretrizes para proteção do consumidor. (FILOMENO, 2007, p. 8).

No Brasil, o movimento consumerista está intimamente relacionado ao grande desenvolvimento da produção de bens e serviços verificado na década de 1970. Nessa época, houve um expressivo aumento no consumo de bens e serviços, inclusive com a expansão dos mecanismos de financiamento. (PERIN JUNIOR, 2003, p. 14).

Em 1980, o Governo Federal criou o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor com a missão de elaborar a política nacional de defesa do consumidor. Tal órgão era integrado pela Ordem dos Advogados do Brasil, Confederação da Indústria e Comércio, o Ministério Público, entre outros.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, em seu artigo 170, trouxe, com um dos limites da livre iniciativa, a proteção dos direitos dos consumidores. Assim, o Estado passou, efetivamente, a intervir na economia privada, consagrando a defesa do consumidor como matéria de interesse público, apesar de tratar-se de relações de direito privado.

Em 1990 é promulgada a Lei nº 8.078, o Código de Defesa do Consumidor. Tal norma representou um verdadeiro avanço no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que consagrou a vulnerabilidade do consumidor, ou seja, a sua fragilidade diante do poder e do conhecimento técnico do fornecedor.

O contrato, no modelo clássico, é um acordo de vontades ajustado pelas partes interessadas, com um objeto, e que produz entre elas efeitos jurídicos determinados. É caracterizado pela autonomia das partes, pela liberdade contratual e pelo princípio do *pacta sunt servanda*, ou seja, aquilo que foi contratado deve ser cumprido pelas partes.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor surgiram normas para regular as práticas comerciais e, ainda, a questão contratual.

Dessa forma, caracterizada a relação de consumo, ou seja, a presença do consumidor e fornecedor na relação jurídica, as normas do Código de Defesa do Consumidor serão aplicadas para regular esse contrato. Ressalte-se que não deixam de ser aplicadas as normas do Código Civil, desde que não haja incompatibilidade com a Lei nº 8.078/90.

Assim, a regulamentação do contrato pelo Código de Defesa do Consumidor, na verdade, fez surgir novos princípios contratuais na relação de consumo e serviu até para modificar a ideia que se tinha de princípios clássicos.

Primeiramente, pode-se levantar a questão da interpretação dos contratos de consumo. De acordo com o artigo 47 da Lei nº 8.078/90, tais contratos devem ser interpretados de forma mais favorável ao consumidor.

Por outro lado, a teoria contratual clássica define como princípios basilares a liberdade contratual e a força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), além princípio *rebus sic stantibus* (teoria da imprevisão).

A sistemática do Código de Defesa do Consumidor representou uma mudança drástica na concepção de liberdade contratual.

Cláudia Lima Marques se refere à nova teoria contratual, segundo a qual a liberdade contratual encontra-se limitada em razão do surgimento dos contratos em massa elaborados de forma unilateral pelo fornecedor. Assim, resta ao consumidor aderir ou não às cláusulas ali dispostas. Trata-se do contrato de adesão.

Permanece a liberdade de contratar, isto é, a de realizar ou não um determinado contrato, mas a liberdade contratual, liberdade para determinar o conteúdo da relação obrigacional sofreria graves limitações através das novas técnicas de contratação e, também, através do intervencionismo legal na vida dos contratos, por exemplo, quando da fixação obrigatória de preços ou da renovação compulsória de locações para os inquilinos. (MARQUES, 2006, p. 268-269).

Assim, segundo a autora, a decisão de celebrar ou não o contrato, liberdade de contratar, é do consumidor, mas o conteúdo do contrato não pode mais ser discutido; advém de imposição do fornecedor nas contratações de massa.

Além disso, o Estado passou a intervir nas relações contratuais estabelecendo normas cogentes que limitam a liberdade contratual, como o próprio Código de Defesa do Consumidor que, por exemplo, determina a nulidade de cláusulas consideradas abusivas, dentre outras.

O princípio da força obrigatória do contrato também é clássico e basilar na teoria contratual. As partes se ligam por um vínculo manifestado por meio de sua vontade e, assim, assumem direitos e obrigações entre si. Rizzatto Nunes entende que tal princípio foi rompido pela Lei nº 8.078/90, na medida em que os contratos de consumo são elaborados unilateralmente.

Ao reconhecer que em matéria de relação de consumo vige a regra da oferta que vincula e os contratos são elaborados unilateralmente (contratos de adesão) ou nem sequer são apresentados (verbais, comportamento socialmente típico, cláusulas gerais), estabelece que não vige a regra milenar representada pelo brocardo latino. Esta, claro, continua a ter validade para as relações da órbita privada, mas não tem aplicação nas relações de consumo, mesmo quando for elaborada cláusula contratual negociada em separado. É verdade que neste caso ela deve prevalecer sobre as cláusulas pré-elaboradas, mas ainda assim, como se verá, recebe a influência dos demais princípios fixados na Lei nº 8.078/90. (NUNES, 2007, p. 541).

O autor também defende a não se aplica a teoria da imprevisão aos contratos de consumo. Segundo tal teoria, se, após a celebração do contrato, ocorrer algo que era imprevisível à época da contratação e que torne o seu cumprimento oneroso, pode haver a revisão dos termos ajustados. De acordo com o seu posicionamento, na sistemática do Código de Defesa do Consumidor tais revisões podem ser realizadas mesmo sem a presença de fato imprevisível. Basta que o cumprimento do contrato se torne excessivamente oneroso ao consumidor para que possa ser revisto. (NUNES, 2007, p. 542). Tal princípio encontra-se positivado no artigo 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor.

Perceba-se que a lei autoriza a modificação ou revisão das cláusulas contratuais, pois, a intenção do legislador foi de manter o contrato vigente, o que traria consequências menos danosas ao consumidor. É o denominado princípio da conservação.

Além desses, o Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 4º e 6º, trouxe outros princípios aplicados ao contrato de consumo.

O artigo 4º, I, trata do princípio da vulnerabilidade do consumidor. Todo ele é considerado vulnerável diante do fornecedor por não possuir o conhecimento técnico em relação ao produto ou serviço. Para garantir a sua proteção, o Código de Defesa do Consumidor estabelece as normas de proteção contratual.

O artigo 4º, III, trata da boa-fé e do equilíbrio contratual. A boa-fé deve estar presente em todas as relações contratuais. A boa-fé objetiva pode ser definida como a conduta de lealdade e respeito esperada pelas partes no cumprimento de qualquer relação contratual.

Assim, tanto o consumidor como o fornecedor, ao celebrar e dar cumprimento ao contrato, devem agir com lealdade, respeito, fidelidade, como agiria com um amigo, um parente etc.

O equilíbrio contratual, por sua vez, é buscado pelo Código de Defesa do Consumidor, em razão da vulnerabilidade do consumidor já mencionada. Assim, as cláusulas e prestações contratuais devem ser estipuladas tendo em vista o alcance de tal equilíbrio.

Outro princípio presente no artigo 6º, II, da Lei nº 8.078/90 é o da igualdade nas contratações. O fornecedor deve tratar seus diversos consumidores de forma igualitária, não os discriminando entre si.

Para finalizar, Rizzatto Nunes apresenta o princípio do protecionismo, que dá fundamento às normas do Código de Defesa do Consumidor, já que o objetivo da lei é exatamente a proteção e defesa dos interesses dos consumidores. (NUNES, 2007, p. 552).

Feita essa breve contextualização sobre a proteção contratual do consumidor, necessário se faz realizar um breve estudo sobre a responsabilidade civil na legislação consumerista.

1.2 Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor apresenta, em seus artigos 12 a 14 e 18 a 20, o sistema de responsabilidade civil em razão do fato (ou defeito) ou do vício do produto ou do serviço. Determina os entes responsáveis pela reparação do dano e estabelece a regra da responsabilidade objetiva.

Antes da existência da Lei nº 8.078/90, o consumidor, ao reclamar sobre um acidente causado por um produto ou serviço, ou ainda sobre

um simples vício, deveria provar que o fornecedor agiu com culpa para ter o seu dano reparado. Tal prova, por óbvio, era muito difícil de ser realizada, na medida em que o consumidor não possuía e não possui conhecimento técnico suficiente para desvendar a razão do problema, dependendo o desfecho do caso da realização de prova pericial, sempre custosa e complicada para um simples consumidor.

Por tais razões, se explica a escolha do legislador pelo critério da responsabilidade objetiva.

É cediço que o consumo em massa introduziu uma nova forma de produção de produtos: a produção em série. Tal método traz em si a grande probabilidade de existência de um mínimo de erro. Se o produto fosse fabricado um a um, como por um artesão, a probabilidade de erro seria quase zero, mas sendo fabricado aos milhares, um pequeno número pode apresentar problemas.

Pela sistemática do Código Civil e do Código de Processo Civil, o consumidor deveria provar a culpa do fabricante, o erro em seu processo produtivo. Assim, o consumidor era quem arcava com o prejuízo decorrente da produção em série.

Já pela sistemática adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, a da responsabilidade objetiva, não se discutirá a culpa: o consumidor tem direito à reparação do dano sofrido independentemente da existência dela, bastando ao consumidor provar o dano e o nexo de causalidade entre ele e o produto ou o serviço.

Dessa forma, o risco decorrente do exercício da atividade empresarial e da adoção do sistema de produção em série passa a ser de responsabilidade do fornecedor, que é a chamada teoria do risco do empreendimento.

Sergio Cavalieri Filho assim conceitua essa teoria:

Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. (CAVALIEIRI FILHO, 2008, p. 475).

E continua o autor:

A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos. (CAVALIEIRI FILHO, 2008, p. 476).

Dessa forma, cabe ao consumidor apresentar em juízo: a existência do dano e o nexo de causalidade entre o produto ou serviço consumido e esse dano. Preenchidos tais requisitos, caberá ao fornecedor ressarcir os danos materiais e morais sofridos.

Saliente-se que o Código de Defesa do Consumidor apresenta o direito à inversão do ônus da prova, desde que preenchidas as hipóteses do artigo 6º, VIII.

O legislador contempla ainda, para as hipóteses de defeito ou fato do produto ou do serviço, causas que podem excluir a responsabilidade dos fabricantes, construtores, produtores ou importadores (artigo 12, § 3º), quais sejam: i) prova de que não colocou o produto no mercado; ii) prova de que o defeito inexistiu; iii) culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Assim, demonstrando o fornecedor a existência de uma das três causas, será eximido da responsabilidade de indenizar. Ressalte-se que o ônus da prova é do fornecedor.

Por fim, discute-se a aplicação da excludente de caso fortuito ou força maior. O conceito de força maior está tipificado no Código Civil, artigo 393, que dispõe:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Cláudia Lima Marques salienta que mesmo os casos de caso fortuito ou força maior não são legítimos para eximir o fornecedor de

sua responsabilidade, já que não há qualquer previsão nesse sentido na legislação. (MARQUES, 2006, p. 263-277).

Inobstante as discussões acerca da diferença entre os conceitos de *caso fortuito* e *força maior*, Sergio Cavalieri Filho entende que tais conceitos poderiam ser sintetizados na ideia *fortuito externo*, assim conceituada pelo autor:

[...] aquele fato que não guarda nenhuma relação com a atividade do fornecedor, absolutamente estranho ao produto ou serviço, via de regra ocorrido em momento posterior ao da sua fabricação ou formulação. Em caso tal, nem se pode falar em defeito do produto ou serviço, o que, a rigor, já estaria abrangido pela primeira excludente examinada – inexistência de defeito. (CAVALIEIRI FILHO, 2008, p. 490).

Entende o autor que, nesse caso, a excludente deve ser aplicada, já que admitir tal responsabilização seria adotar a teoria do risco integral, que não foi acolhida pelo nosso legislador. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 491).

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar casos envolvendo *fortuito externo*, vem entendendo pela aplicação de tal conceito às relações de consumo, admitindo a excludente de responsabilidade civil, como se pode verificar nos julgados a seguir mencionados: EREsp 1.431.606-SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, por maioria, julgado em 27/03/2019, DJe 02/05/2019; REsp 1642397/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 23/03/2018, dentre outros.

2 A pandemia do coronavírus como fortuito externo para justificar a possibilidade de revisão ou resolução dos contratos de consumo

Como visto acima, o conceito de fortuito externo é adotado pelo Superior Tribunal de Justiça como excludente de responsabilidade nas relações de consumo.

Incontestemente é o fato de que o fortuito externo se fundamenta em dois atributos: a externalidade e a inevitabilidade.

Nesse sentido, importante é a lição de FARIAS, ROSENVALD e BRAGA NETTO:

[...] Externalidade significada que o dano ocorreu por um fato não imputável ao agente, completamente extraordinário e estranho ao seu comportamento ou atividade. [...] Já a inevitabilidade qualifica o fato imponderável e atual, que surge de forma avassaladora e seus efeitos são irresistíveis. Como se infere da própria nomenclatura, não é possível evitar ou impedir as suas consequências danosas. Há uma impossibilidade absoluta de afastar a sua carga. (FARIAS, ROSENVALD e BRAGA NETTO, 2015, p. 382).

A realidade impõe à sociedade conviver com uma pandemia declarada pela Organização Mundial da Saúde, com efeitos sanitários, econômicos e sociais ainda incertos. A gravidade da questão é tamanha que ocasionou o reconhecimento do estado de calamidade pública com a edição do Decreto Legislativo nº 06/2020, em nível federal, inobstante outros inúmeros em diversos Estados e Municípios da nossa Federação.

A questão fundamental que se impõe é se a pandemia ocasionada pela disseminação do coronavírus, poderia ser enquadrada no conceito de fortuito externo.

A pandemia anunciada é fato absolutamente externo ao exercício de qualquer atividade empresarial, pois, não há fundamentos fáticos para imputar a nenhum agente econômico a responsabilização, culposa ou dolosa, pela sua ocorrência.

Analisando-se a questão à luz da teoria do risco, já estudada, percebe-se que a fundamentação de eventual responsabilização de fornecedor pelo cumprimento dos contratos de consumo teria de ser fundamentada na teoria do risco integral, aparentemente não adotada pelo nosso ordenamento jurídico.

Ademais, é de grande valia a lição de VERÇOSA e SZTAJN, que entendem pela não aplicação da teoria do risco, abrindo outra perspectiva sobre o tema:

Risco e incerteza se colocam no plano da possibilidade de previsão da ocorrência de certo evento, que tenha algum referencial mais próximo ou mais distante do passado, como ocorre com a pandemia que ora enfrentamos. Risco é previsível, incerteza não. É claro que o coronavírus é diferente dos anteriores, em essência, mas pode ser considerado uma espécie determinada dentro de um gênero de pestes causadas por vírus [...] (VERÇOSA, SZTAJN, 2020).

Continuam os autores:

O risco é *mensurável*, muito diferente da *incerteza que não é mensurável*. [...] Como foi dito acima essa pandemia se coloca no plano da incerteza, na falta de elementos objetivos que permita qualificá-la como risco [...] (VERÇOSA, SZTAJN, 2020).

Os autores sustentam que não se poderia, sequer, enquadrar a presente pandemia no conceito de risco, visto que, absolutamente imprevisível e inevitável do ponto de vista fático.

De qualquer forma, parecem relevantes os fundamentos no sentido de considerar a pandemia como fortuito externo, razão das latentes características da externalidade e da inevitabilidade, acima delineados.

A partir de tal perspectiva, seria possível a resolução do contrato pelo fornecedor, em razão do fortuito externo, bem como, a adoção de excludente de responsabilidade, caso haja dano causado em razão da pandemia.

Por outro lado, poderia o consumidor pleitear a resolução do contrato em razão do fortuito externo?

Importante destacar a Nota Técnica nº 14/2020 expedida pela SENACON – Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor quando consultada acerca, especificamente, das contratações com instituições de ensino. Referido documento externa os fundamentos de proteção ao consumidor calcados na teoria do risco e na responsabilidade objetiva e também traz a força maior como forma de excludente de res-

ponsabilização, porém, destaca que o descumprimento dos contratos celebrados com as instituições de ensino poderão não configurar inadimplemento se os serviços continuarem a ser prestados, ainda que por outras plataformas.

O documento apresenta outro ponto fundamental para superação dos conflitos em tempo de pandemia: o estímulo à adoção dos meios adequados de solução de conflitos, como a mediação, a conciliação, evitando a sobrecarga do Poder Judiciário e buscando a solução mais rápida para os consumidores. Esse papel tem sido exercido pelos Procons nos respectivos Estados.

Há, ainda, outras situações fáticas relevantes, especialmente, relacionadas ao setor de eventos, muito prejudicado com a impossibilidade de realização de reuniões que envolvam aglomeração de pessoas.

Nesses casos, o consumidor, normalmente, se vê diante de cláusula penal que impõe a perda de parte do valor dispendido em razão do cancelamento do evento. Considerando toda a argumentação construída nesse estudo, não parece razoável a imposição de cláusula penal, justamente porque o serviço não será efetivamente prestado em razão de fato extraordinário e imprevisível. Importante frisar que o princípio da vedação ao enriquecimento ilícito será fundamental para a solução de questões dessa natureza.

No mesmo sentido, a possibilidade de revisão dos contratos de consumo em razão da teoria da imprevisão, prevista no artigo 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor, também encontraria respaldo em tempos de pandemia de coronavírus, desde que configurada a real *oneridade excessiva*, nos contratos que contenham obrigações de trato sucessivo.

Assim, caberá ao consumidor fundamentar a sua pretensão na demonstração de que a obrigação se tornou desproporcional em razão dos efeitos da pandemia.

Por fim, sempre oportuno ressaltar que, cabe às partes procurar sempre prezar pelas soluções negociadas de conflitos.

Cabe, ainda, ao Poder Judiciário, diante da realidade sem precedentes, valer-se dos princípios basilares do direito contratual, como boa-fé, função social e vedação ao enriquecimento ilícito, para solucionar as questões levadas a julgamento.

CONCLUSÃO

A amplitude do contágio da população mundial pelo coronavírus tomou de assalto autoridades governamentais e órgãos da saúde tanto em âmbito nacional como internacional.

Os altos índices de letalidade, principalmente na população mais idosa, bem como a insuficiência de leitos no sistema de saúde de vários países acometidos pela doença, resultaram na adoção de medidas drásticas como tentativa e debelar o escalonamento do contágio e da morbidade. A que tem causado maior impacto econômico é o isolamento horizontal, inclusive com o fechamento de vários tipos de estabelecimentos: escolas, clubes, buffets, restaurantes, dentre outros.

Em muitos casos, essa deliberação tem resultado no descumprimento parcial ou total de contratos de consumo, o que implica na discussão jurídica da responsabilização dos fornecedores por esse inadimplemento, especialmente no que se refere às hipóteses de exclusão de responsabilidade, lastreada na impossibilidade de adimplência ou em sua onerosidade excessiva.

Em vista do ineditismo da atual situação de pandemia, especialmente em face da rapidez e facilidade de propagação da doença infecciosa, não há de se falar em risco do negócio, dada a imprevisibilidade e inevitabilidade fática desse evento.

Considerando que os efeitos adversos desses fatos não se restringem aos fornecedores, aconselha-se que as partes do contrato de consumo busquem uma solução conciliatória, que compreenda a pungência do cenário hodierno.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, República Federativa do. **Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm, último acesso em 30 mar 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor.** São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Programa de responsabilidade civil.** 8^a ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGANETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil.** 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo, 2015, v. 3.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de Direito do Consumidor.** São Paulo: Atlas, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 5^a ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 2^a ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista do Consumidor, 2006.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 3^a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

PERIN JUNIOR, Ecio. **A globalização e o direito do consumidor: aspectos relevantes sobre a harmonização legislativa dentro dos mercados regionais.** Barueri: Manole, 2003.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc; SZTAJN, Rachel. **O coronavírus e os contratos empresariais.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/322529/o-coronavirus-e-os-contratos-empresariais>. Acesso: 30.03.2020.

A RESPONSABILIDADE DOS PAIS PELOS ATOS PRATICADOS POR SEUS FILHOS MENORES

Jaqueline Pereira dos Santos

Introdução

A responsabilidade paterna pelos atos danosos de filho menor persiste enquanto este não completar a maioridade, desde que esteja sob sua guarda e fiscalização, que, evidentemente, não é a guarda diária, 24 horas por dia, mas a que decorre da vida em comum, sob orientação e conselhos.

O tema é regulado pelo artigo 932, I, do atual Código Civil segundo o qual trata-se de uma contrapartida de sua autoridade, ou seja, direitos e vantagens de um lado, obrigações e ônus, de outro.

Para que se desencadeie a responsabilidade dos pais em relação à reparação do dano causado, três condições são necessárias: a presunção de responsabilidade diz respeito ao pai e a mãe, enquanto exercem o direito de guarda; a responsabilidade dos pais só é presumida enquanto se referir a um filho menor com eles coabitando e a responsabilidade dos pais só é considerada se a criança cometeu um fato culposo.

Diante dessa breve introdução ao tema, o presente trabalho visa abordar noções gerais de responsabilidade civil, sua evolução histórica, analisar as modalidades de responsabilidade civil que tem relação com o tema da presente monografia, quais sejam a responsabilidade objetiva e subjetiva e a responsabilidade por fato próprio e por fato de outrem.

O tema será discutido conforme é apresentada a matéria na legislação, em livros doutrinários e jurisprudências. Inicia-se com o estudo da noção e previsão legal do tema, a análise da situação do agente causador do dano e a responsabilidade objetiva dos pais pelos atos praticados pelos filhos.

Será analisado, ainda, casos como: separação dos pais, direito de regresso dos pais contra os filhos, cumulação de responsabilidade dos pais com terceiros, emancipação dos filhos menores, acidentes de trânsito e etc.

Verificado que as situações de perigo no âmbito digital precisam, sempre, ser detectadas;

A responsabilidade civil dos pais pelos atos praticados por seus filhos menores, é regulado pelo artigo 932, I do Código Civil vigente, e dura enquanto o menor não atingir a maioridade, estando sob a autoridade e companhia dos pais.

Para a tutela integral de proteção dos filhos, o dever de controle das suas interatividades virtuais, sob pena de aperfeiçoar-se a negligência parental com a devida responsabilização civil.

Tem como objetivos analisar as consequências jurídicas do abandono digital e a possibilidade de responsabilização dos pais pelos atos praticados pelos filhos na Internet.

O “abandono digital” é a negligência parental configurada por atos omissos dos genitores, que descuidam da segurança dos filhos no ambiente cibernético proporcionado pela internet e por redes sociais, não evitando os efeitos nocivos delas diante de inúmeras situações de risco e de vulnerabilidade.

Para que se desencadeie a responsabilidade dos pais em relação à reparação do dano causado, três condições são necessárias: a presunção de responsabilidade diz respeito ao pai e a mãe, enquanto exercem o direito de guarda; a responsabilidade dos pais só é presumida enquanto se referir a um filho menor com eles coabitando; a responsabilidade dos pais só é considerada se a criança cometeu um fato culposos.

Portanto, será estudado e analisado o tema abordado, sendo controvertido e polêmico, nos moldes da sociedade em que vivemos, tendo por objetivo analisar a Doutrina e Jurisprudência adequando aos dias atuais e as constantes modificações da sociedade relacionadas a questão

da Culpa dos pais, onde os variados casos concretos que surgem no dia a dia, ensejam uma individualização da responsabilidade civil objetiva ou subjetiva analisando todos os aspectos envolvidos no tema.

No capítulo I aborda-se principalmente, a questão da responsabilidade civil, englobando a evolução histórica, espécies, definição e natureza jurídica. Já no capítulo II tem-se noções e previsões da Responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores, situações onde ocorre a responsabilidade dos pais, evolução histórica e condições de responsabilidade. O capítulo III fala a respeito do tratamento jurisprudencial e, finalmente, no capítulo IV tem-se a tendência da responsabilidade civil dos pais, onde fala-se sobre o novo código civil brasileiro, adoção da responsabilidade objetiva e direito regressivos dos pais.

1. CAPÍTULO I - da Responsabilidade Civil

1.1 Evolução histórica

No início da nossa civilização, a ocorrência de um dano gerava na vítima uma idéia de vingança para com o agressor; ou seja, a justiça era feita pelas próprias mãos. Limitava-se à retribuição do mal pelo mal, como pregava a pena de talião: olho por olho, dente por dente.

Esta prática, na realidade, apresentava resultados extremamente negativos, pois acarretava a produção de outro dano, nova lesão, isto é, o dano suportado pelo seu agressor, após sua punição.

Posteriormente, surge o período da composição a critério da vítima, ainda sem se discutir a culpa do agente causador do dano.

Num estágio mais avançado, o Estado toma as rédeas, e proíbe a vítima de fazer justiça pelas próprias mãos, estabelecendo a obrigatoriedade da composição, a partir de uma indenização pecuniária. Durante esse período, cria-se uma espécie de tabela que estabelece o quantum equivalente a um membro amputado, à morte etc.

No ano 572 da fundação de Roma, um tribuno do povo, chamado Lúcio Aquílio, propôs e obteve a aprovação e sanção de uma lei de ordem penal, que veio a ficar conhecida como Lei Aquília, que possuía dois objetivos: assegurar o castigo à pessoa que causasse um dano a

outrem, obrigando-a a ressarcir os prejuízos dele decorrentes; punir o escravo que causasse algum dano ao cidadão, ou ao gado de outrem, fazendo-o reparar o mal causado.³⁴

O Direito francês aperfeiçoou as idéias românicas e, a partir dele, foram estabelecidos certos princípios que exerceram sensível influência nos outros povos, tais como: direito à reparação, sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações), e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da imperícia, negligência ou imprudência.³⁵

Surge o Código de Napoleão, e com ele a distinção entre culpa delitual e contratual. A partir daí, a definição de que a responsabilidade civil se funda na culpa propagou-se nas legislações de todo o mundo.

Com o advento da Revolução Industrial, multiplicaram-se os danos e surgiram novas teorias inclinadas sempre a oferecer maior proteção às vítimas.

É histórico o fato de que já existiam nas sociedades primitivas, inclusive nas tribos de índios americanos, as relações de convivência e uma necessidade intrínseca de respeito recíproco, cuja regulamentação era efetivamente efetuada através de normas, leis, que, se violadas, ocasionariam a retribuição do mal com o mal, tipicamente ao estilo do talião como forma de vingança regulada e comensurada.³⁶ Por esse motivo afirma Orlando Soares que a Justiça civil é precedida pela penal.

Esse período histórico é modernamente conhecido por ter se constituído a chamada “vingança privada”, a qual evoluiu no sentido da “vingança divina” ou “sacral” (em nome de Deus), vindo a consolidar-se na “vingança pública” (em nome do Estado), atualmente.

34 FRANÇA, R. Limongi. As raízes da responsabilidade aquiliana. Revista dos Tribunais nº 577, nov/1983, p. 9.

35 FRANÇA, R. Limongi. As raízes da responsabilidade aquiliana. Revista dos Tribunais nº 577, nov/1983, p. 9.

36 FRANÇA, R. Limongi. As raízes da responsabilidade aquiliana. Revista dos Tribunais nº 577, nov/1983, p.10.

Mergulhando profundamente na história da responsabilidade civil, encontramos o seu princípio nos mais antigos textos legais, entre os babilônios, gregos, romanos e astecas.

O Código de Hamurabi, exemplificativamente, mandado elaborar pelo monarca babilônio, de quem herdou o nome, trazia em seu bojo disposições reparatorias do dano ou prejuízo causado pelo agente do fato, ou seja, primitiva forma de responsabilizar-se civilmente alguém.

Por exemplo, se um *awilun* (escravo) roubasse um boi, uma ovelha, um asno, porco ou uma barca, caso pertencesse a um deus ou palácio, deveria pagar até 30 vezes mais; se o mesmo objeto pertencesse a um cidadão livre, dentre as classes dos proprietários, soldados, pastores e outros, restituiria até 10 vezes mais. Se, infelizmente, não tivesse com que restituir, seria morto.³⁷

Um escravo teria direito a uma recompensa de duas moedas de prata, caso viesse a prender no campo um escravo ou escrava fugitiva e o reconduzisse ao seu dono.

Clóvis Beviláqua, em sua obra, *Direito das Obrigações*, assinala que os grupos primitivos preferiam tomar aquilo de que necessitavam, a obtê-lo por troca.³⁸ Os romanos consideravam de melhor título a propriedade que tomavam aos inimigos.

Porém, não poderia perdurar infinitamente a era de lutas contínuas, sem que viesse a sucumbir a espécie humana, tendo sido imprescindível que a sociabilidade fosse salva, pois era, e é condição essencial para a vida humana.

A instituição da denominada “democracia”, na Grécia, aproximadamente na época de Sólon, célebre legislador ateniense, foi o ponto de partida para a igualdade civil dos cidadãos, com reflexos positivos sobre a responsabilização pelo dano praticado.

Terentílio Arsa, por volta do ano 462 a. C., teria elegido em Roma uma comissão de cinco membros, a fim de redigir um Código destinado à plebe, em virtude de, sendo os magistrados recrutados sempre entre a privilegiada classe dos patrícios, evitar que suas decisões fossem

37 MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Responsabilidade Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 14.

38 BEVILÁQUA, Clóvis apud DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 22.

orientadas sempre em favor destes últimos, embasadas em interpretações subjetivas e facciosas, impregnadas de misticismo e religiosidade. Evidentemente houve resistência entre os patrícios. Vencida esta, quiseram que tal Código fosse geral e se aplicasse a toda a Cidade.³⁹

Assim, foi enviada à Grécia, uma comissão de três membros, para que estudassem as leis de Sólon; após o regresso da comissão, dez magistrados patrícios teriam redigido dez tábuas de lei, que vieram a ser completadas, dois anos mais tarde, por duas tábuas suplementares.

Portanto, seria a denominada “Lei das XII Tábuas” promulgada por essa época, ou em 449, sob a égide dos cônsules Valério e Horácio.⁴⁰

Tais tábuas de lei, fundidas em bronze (alguns autores citam marfim), desapareceram no incêndio de Roma, sessenta anos mais tarde, sendo reconstituídas posteriormente.

Porém, a reconstituição diferia da redação primitiva. O que hoje conhecemos daquele célebre texto legislativo, vislumbramos através de citações de gramática e jurisconsultos. Lydio Machado Bandeira de Mello informa que:

os denominados povos bárbaros (estrangeiros), que viviam nas extensas regiões do Império Romano, adotavam o sistema de composições (*Wergeld*), ou seja, uma satisfação pecuniária, no caso de um malefício causado por um homem a outro, ou pelo servo; da mesma forma, na hipótese de assassino do cônjuge; rapto; morte da mulher virgem; e outras⁴¹

As concepções do Direito Romano, prevaleceram ainda na Idade Moderna (época do Renascimento, no século XV, até a Revolução Francesa, em 1789), baseadas na dicotomia consistente na responsabi-

39 FRANÇA, R. Limongi. As raízes da responsabilidade aquiliana. *Revista dos Tribunais* nº 577, nov/1983, p. 11.

40 FRANÇA, R. Limongi. As raízes da responsabilidade aquiliana. *Revista dos Tribunais* nº 577, nov/1983, p. 11. *Idem*.

41 MELLO, Lydio Machado Bandeira de apud DIAS, Aguiar. Da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 15.

lidade contratual, em virtude de inadimplemento, ou no dano causado a outrem, pela prática dum incito.

Com o advento do Código Civil Francês, em 1804, denominado de Código Napoleônico, cravou-se novo marco histórico no princípio da responsabilidade civil fundada na culpa, influenciando a legislação dos países civilizados de maneira geral.

No Brasil, a Constituição Política do Império do Brasil, previa em seu artigo 179, inciso XVIII, a organização dos Códigos Civil e Criminal, ordenando que fossem embasados solidamente nos princípios da Justiça e da Eqüidade, sobrevivendo o Código Criminal de 1830.

Nesse Código, o Capítulo V, cujo título era, “Da Satisfação”, elencava as regras que poderiam ser aplicadas pelos tribunais brasileiros, como orientação para apreciação e julgamento dos Casos de responsabilidade civil.

Era bem claro o artigo 21, do referido Código, ao dispor: “*O delinqüente satisfará o dano que causar com o delito*”.

E o artigo 22, por sua vez, determinava: “*A satisfação será sempre a mais completa que for possível e, no caso de dúvida, a favor do ofendido. Para esse fim, o mal que resultara à pessoa do ofendido será avaliado em todas as suas partes e conseqüências*”.

A tradição criada pelo Código Criminal de 1830 foi mantida pelos Códigos Penais de 1890 e de 1940.

José Aguiar Dias defende estar o Código Civil, nesse contexto, já antiquado em relação ao problema da responsabilidade civil, sendo extremamente necessária a mudança legislativa, norteadas nos princípios consagrados no Projeto do Código das Obrigações, segundo o qual “*a reparação não resulta apenas de procedimento contrário à lei, mas de qualquer procedimento desviado dos bons costumes e das normas de vida social, princípio que, com ductilidade, se afeiçoa à mudança contínua da atividade moderna*”

1.2 Definição da responsabilidade civil

O instituto jurídico da responsabilidade civil integra o direito das obrigações, conforme assevera Viana Pinto⁴², destarte, quando um

42 VIANA PINTO E. Responsabilidade Civil de acordo com o Novo Código Civil Síntese, Porto Alegre, 2003.

bem ou interesse é injustamente lesionado, aquele que o feriu pela prática de um ato ilícito, fica adstrito ao seu ressarcimento. Esta obrigação é de natureza pessoal e se resolve em perdas e danos.

Lisboa⁴³ salienta que responsabilidade é o dever jurídico de recomposição do prejuízo suportado, cominado ao seu agente direto ou indireto, comondo um vínculo obrigacional cuja finalidade é o ressarcimento.

A responsabilidade civil está fundamentada no restabelecimento da situação anterior ao dano, isto é, todo dano tem o direito de ser indenizado na mesma magnitude, restabelecendo o equilíbrio.

Gagliano e Pamplona Filho⁴⁴ salientam que no regime jurídico da reparação civil existem três funções de fácil visualização; a função compensatória do dano à vítima, punitiva do ofensor e desmotivação social da conduta lesiva.

Havendo um comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão), contrário ao direito e alcançando terceiro, causando-lhe prejuízo, deve o agressor arcar com as suas conseqüências, ou seja, deve reparar o dano causado, restaurando o equilíbrio que sua ação ou omissão, dolosa ou culposa, provocou. Assim, o ato material que infringe o dever legal e causa prejuízo a outrem é considerado ato ilícito.

A responsabilidade civil, na acepção de Diniz⁴⁵, pode ser definida como a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa, em razão de seu próprio ato, a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva) ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva). Salienta, ainda, que esta definição guarda em seu arcabouço a noção de culpa quando se cogita da existência de ilícito e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa.

43 LISBOA RS. Manual de direito civil. Obrigações e Responsabilidade Civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. v., 2004.

44 GAGLIANO OS, PAMPLONA FILHO R. Novo Curso de Direito Civil. São Paulo:Saraiva, 2003, v. 3, p. 10.

45 DINIZ MH. Responsabilidade civil, in Curso de Direito Civil Brasileiro, 7ª Volume, 18ª ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10-1- 2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002, São Paulo:Saraiva, 2004.

Rodrigues⁴⁶ frisa que o princípio geral de direito, informador de toda a teoria da responsabilidade, encontra-se no ordenamento jurídico de todos os povos civilizados e sem o qual a vida em social é quase inconcebível, é aquele que impõe a quem causa dano a outrem o dever de o reparar. Informa que tal princípio se encontra registrado, no direito pátrio, no art. 186 do Código Civil (CC).

Por sua vez, o art. 186 do CC disciplina que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Gagliano e Pamplona Filho⁴⁷ consideram tal dispositivo mais preciso do que o correspondente da lei anterior uma vez que este não fazia menção ao dano moral. Da análise do art. 186 do CC, entendem que é possível extrair os seguintes elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil: a) conduta humana (positiva ou negativa); b) dano ou prejuízo; c) nexo de causalidade. Para esses autores a culpa é elemento acidental da responsabilidade civil, embora mencionada no referido dispositivo de lei por meio das expressões “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”. Explicam que a culpa – em sentido lato, abrange o dolo – não é pressuposto geral da responsabilidade civil, sobretudo no novo Código, tendo em vista a previsão de outra espécie de responsabilidade, que prescindir desse elemento subjetivo para a sua configuração que é a responsabilidade objetiva. Apontam que se a pretensão é de instituir os pressupostos básicos que formam a responsabilidade, não poderiam inserir um elemento que não possui características de generalidade. No entanto, deixam evidente também a necessidade de se discutir o elemento culpa por ter sofrido profundo desenvolvimento, que se confunde com a própria evolução da responsabilidade civil.

Rodrigues⁴⁸, desdobrando o artigo 186 do Código Civil, verifica que este engloba alguns conceitos que insinuam a existência de pressupostos, comumente necessários, para que exista a responsabilidade

46 RODRIGUES S. Responsabilidade Civil, vol. IV, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

47 GAGLIANO OS, PAMPLONA FILHO R. Novo Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p. 10.

48 RODRIGUES S. Responsabilidade Civil, vol. IV, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

civil. Aponta como pressupostos da responsabilidade civil a ação ou omissão do agente, culpa do agente, relação de causalidade e dano experimentado pela vítima.

Lisboa⁴⁹ salienta que a responsabilidade civil deve ser analisada a partir de um grupo de elementos que possibilitem o reconhecimento do dever de reparação do prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial. Aponta que os elementos da responsabilidade civil são de duas categorias. Os primeiros, por considerar imprescindíveis, cognomina de essenciais, distinguindo os elementos subjetivos – agente e vítima – dos elementos objetivos – conduta, dano e nexos de causalidade. A outra categoria nomeia de elementos acidentais, pois podem existir em determinadas relações jurídicas específicas, sem, contudo sua carência não impedir a responsabilização. São elementos essenciais subjetivos os que municiam determinada qualidade jurídica ao agente ou à vítima e os objetivos aqueles que possibilitam a responsabilidade a determinado título, de forma específica. Com isso, conclui que os pressupostos da responsabilidade civil são as partes, o dano e o nexos de causalidade.

Diniz⁵⁰ corrobora que a caracterização dos pressupostos necessários à conformação da responsabilidade civil, ante a ampla ambigüidade doutrinária, é tarefa complexa. No seu entender, a responsabilidade civil requer a existência de uma ação comissiva ou omissiva qualificada juridicamente – com e sem culpa –; ocorrência de um dano moral ou patrimonial; nexos de causalidade entre o dano e a ação (fato gerador da responsabilidade).

Viana Pinto⁵¹ cita que os elementos básicos que compõem o instituto jurídico da responsabilidade civil, em atenção ao texto do artigo 186 do Código Civil, são a ação ou omissão, dano imputado à vítima, culpa ou dolo do autor do dano, nexos de causalidade entre o fato culposos ou dolosos e o mesmo dano. Assim, para que o profissional seja

49 LISBOA RS. Manual de direito civil. Obrigações e Responsabilidade Civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. v., 2004.

50 DINIZ MH. Responsabilidade civil, in Curso de Direito Civil Brasileiro, 7ª Volume, 18ª ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10-1- 2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002, São Paulo:Saraiva, 2004.

51 VIANA PINTO E. Responsabilidade Civil de acordo com o Novo Código Civil Síntese, Porto Alegre, 2003.

obrigado a indenizar, é necessária a presença de pressupostos que integram a responsabilidade civil. Em linhas gerais, a responsabilidade civil profissional tem os seguintes pressupostos: ação ou omissão do agente, o dano, o nexo de causalidade entre aquele ato e este dano, e a presença ou não de culpa ou dolo.

1.3 Natureza jurídica da responsabilidade civil

A consequência lógico-normativa de qualquer ato ilícito é uma sanção, podendo esta ser definida, portanto, como a consequência jurídica que o não cumprimento de um dever produz em relação ao obrigado.

Há, todavia, uma grande confusão na utilização dos termos “sanção” e “pena” que constantemente são tratados como sinônimos, quando em verdade, tratam-se de dois institutos que estão em uma relação de gênero e espécie.

Sanção é a consequência lógico-jurídica da prática de um ato ilícito, pelo que, a natureza jurídica da responsabilidade, seja civil, seja criminal, somente pode ser sancionadora.

Entretanto, não há que se dizer que a indenização ou compensação, decorrente da responsabilidade civil, seja uma pena, pois esta é uma consequência da prática de um delito (o ato ilícito, na sua concepção criminal), ou seja, “a conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal”.⁵²

Sendo assim, tanto a determinação judicial de pagamento de indenização ou reparação, quanto a condenação de um réu em uma determinada pena caracterizam nada mais do que o reconhecimento, por parte do órgão jurisdicional, de que houve a prática de um ato ilícito, devendo ser aplicada a sanção correspondente, de acordo com a espécie adequada.

Assim, conclui-se que a natureza jurídica da responsabilidade será sempre sancionadora, independentemente de se materializar como penal, indenização ou compensação pecuniária.

52 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 38.

1.4 Espécies de responsabilidade

Lisboa⁵³ aponta que, no decorrer dos anos, a responsabilidade civil passou por considerável transformação. A consagração dos seus pressupostos e a adoção de outros fundamentos para a responsabilidade viabilizou um estudo mais profundo sobre o dever de reparação do dano. Ante esses aspectos frisa que é de se esperar várias classificações de responsabilidade civil, destacando-se quanto à origem, em responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual; quanto à culpa em responsabilidade subjetiva, responsabilidade subjetiva com presunção de culpa e responsabilidade sem culpa (objetiva); quanto à causa, em responsabilidade direta e responsabilidade indireta; quanto ao perigo, em responsabilidade por atividade perigosa e responsabilidade por atividade não perigosa; e, quanto à causa no perigo, responsabilidade pura e responsabilidade impura.

Gagliano e Pamplona Filho⁵⁴ tecendo considerações sobre as espécies de responsabilidade civil, apontam que esta, enquanto fenômeno jurídico decorrente da convivência conflituosa do homem em sociedade, é, na sua essência, um conceito uno, incindível. No entanto, ressaltam que em função de algumas peculiaridades dogmáticas, faz-se mister estabelecer uma classificação sistemática, tomando por base justamente a questão da culpa e, depois disso, a natureza da norma jurídica violada. Assim, classificam primeiramente a responsabilidade civil em subjetiva e objetiva, posteriormente em contratual e extracontratual ou aquiliana.

Para Diniz⁵⁵ a responsabilidade civil pode apresentar-se sob diferentes espécies, conforme a perspectiva sob a qual é decomposta. Deste modo, poderá ser classificada quanto ao seu fato gerador como responsabilidade contratual ou responsabilidade extracontratual ou aquiliana;

53 LISBOA RS. Manual de direito civil. Obrigações e Responsabilidade Civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. v., 2004.

54 GAGLIANO OS, PAMPLONA FILHO R. Novo Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p. 10.

55 DINIZ MH. Responsabilidade civil, in Curso de Direito Civil Brasileiro, 7ª Volume, 18ª ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10-1- 2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002, São Paulo: Saraiva, 2004.

em relação ao seu fundamento como responsabilidade subjetiva ou objetiva e; em relação ao agente se direta ou, indireta ou complexa.

1.4.1 Em relação ao seu fundamento

Rodrigues⁵⁶ entende que em rigor não se pode afirmar serem espécies diversas de responsabilidade, mas sim maneiras diferentes de encarar a obrigação de reparar o dano. Realmente se diz ser subjetiva a responsabilidade quando se inspira na idéia de culpa, e objetiva quando esteada na teoria do risco. Dentro da concepção tradicional a responsabilidade do agente causador do dano só se configura se agiu culposa ou dolosamente, de modo que a prova da culpa do agente causador do dano é indispensável para que surja o dever de indenizar. A responsabilidade, no caso, é subjetiva, pois depende do comportamento do sujeito.

Gagliano e Pamplona Filho⁵⁷ entendem que esta culpa, por ter natureza civil, se caracterizará quando o agente causador do dano atuar com negligência ou imprudência, conforme cediço doutrinariamente, através da interpretação da primeira parte do art. 159 do Código Civil de 1916 (“Art. 159. Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”), regra geral mantida, com aperfeiçoamentos, pelo art. 186 do Código Civil de 2002 (“Art. 186. Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”).

O nosso Código Civil adota a Teoria Subjetiva, como é exemplo clássico o art. 186, que consagra o dolo e a culpa como sustentáculos para o dever de reparar o dano. Assim, para que se possa validamente postular o direito à reparação do dano, é indispensável que se produza a prova da culpa do ofensor. Logo, o lesionador somente será responsável pelo ato danoso praticado, se ficar demonstrado que agiu com culpa ou dolo. Com efeito, incomprovada a culpa do agente, ficará a vítima sem ressarcimento.

56 RODRIGUES S. Responsabilidade Civil, vol. IV, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

57 GAGLIANO OS, PAMPLONA FILHO R. Novo Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p. 10.

Vê-se, desde logo, que o dever de ressarcir o dano é oriundo da culpa ou do dolo, provado ou presumido. Trata-se da aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva que pressupõe sempre a existência de culpa (*lato sensu*). A culpa *lato sensu* abrange a culpa *stricto sensu* e o dolo. Se esses acarretam prejuízo ou dano a outrem, surge a obrigação de indenizar. Portanto, o ser humano capaz deve responder por seus atos. Se houver um comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) que desrespeitando a ordem jurídica cause prejuízo a outrem, o agente deve arcar com as conseqüências, reparando o dano. Se a pessoa age negligentemente ou imprudentemente, mas não viola direito nem causa prejuízo a outrem, nada terá que pagar.

Diniz⁵⁸ doutrina que em certos casos a teoria da culpa, que funda a responsabilidade civil na culpa, caracterizada como uma violação de um dever contratual ou extracontratual, não oferecia solução satisfatória, devido, por exemplo, aos progressos técnicos que trouxeram um grande aumento de acidentes, a corrente objetivista desvinculou o dever de reparação do dano da idéia de culpa, baseando-se no risco com o intuito de permitir ao lesado, ante a dificuldade da prova da culpa, a obtenção de meios para reparar os danos experimentados. Assim, o agente deverá ressarcir o prejuízo causado, mesmo que isento de culpa, porque sua responsabilidade é imposta por lei independentemente de culpa e mesmo sem necessidade de apelo ao recurso da presunção.

O dever ressarcitório, estabelecido por lei, ocorre sempre que se positivar a autoria de um fato lesivo, sem necessidade de se indagar se contrariou ou não norma predeterminada, ou melhor, se houve ou não um erro de conduta. Com a apuração do dano, o ofensor ou seu proponente deverá indenizá-lo. Mas, como não há que se falar em imputabilidade da conduta, tal responsabilidade só terá cabimento nos casos expressamente previstos em lei.

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e

58 DINIZ MH. Responsabilidade civil, in Curso de Direito Civil Brasileiro, 7ª Volume, 18ª ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10-1- 2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002, São Paulo:Saraiva, 2004.

o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.

A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação e se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele.

Há hipóteses em que não é necessário sequer ser caracterizada a culpa. Nesses casos, estaremos diante do que se convencionou chamar de responsabilidade civil objetiva. Segundo tal espécie de responsabilidade, o dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano é juridicamente irrelevante, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar.

Assim, Gagliano e Pamplona Filho⁵⁹ enfatizam que sem abandonar a regra geral, inova o Código Civil de 2002, no parágrafo único do seu art. 927, ao estabelecer que “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

É de extrema relevância que se registre o avanço em matéria de responsabilidade civil e que se encontra insculpido no parágrafo único do art. 927. Ali se admite expressamente a responsabilidade sem culpa pelo exercício de atividade, que pela sua natureza representa riscos para os direitos de outrem.

Na vida moderna existem numerosos casos de responsabilidade sem culpa. É possível verificar sua previsão, no direito positivo pátrio, no Código Brasileiro do Ar (Dec. 2.681/1912), na Lei de Acidentes do Trabalho, marcando ainda sua presença em legislações esparsas e em diversos dispositivos do atual Código Civil, como é o caso dos arts. 929/930, 932/I-V, 936/940.

59 GAGLIANO OS, PAMPLONA FILHO R. Novo Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p. 10.

1.4.2 Quanto ao seu fato gerador

Gagliano e Pamplona Filho⁶⁰ ao referenciar a espécie da responsabilidade em virtude da natureza da norma jurídica violada pelo agente causador do dano, acreditam que uma subdivisão pode ser feita, subtipificando-se a responsabilidade civil em contratual e extracontratual. Ressaltam que esta tem muito mais função didática e legislativa do que propriamente científica. Assim, se por força da atuação ilícita do agente infrator o prejuízo decorre diretamente da violação de um mandamento legal, por exemplo, no caso do sujeito que bate em um carro, evidenciada está a responsabilidade extracontratual. Por outro lado, se entre as partes envolvidas já se fazia presente norma jurídica contratual que as vinculava, e o dano decorre justamente pelo descumprimento de obrigação fixada neste contrato, este corrobora para a formação da responsabilidade contratual.

Por sua vez, Lisboa⁶¹ preceitua que o sistema pátrio adotou a teoria dualista ou clássica da origem da responsabilidade, repartindo-a em contratual e extracontratual, o que é criticado pela teoria monista, que sustenta a desnecessidade da fixação de um regime que procura regular diferentemente a responsabilidade. Para este autor, responsabilidade contratual é aquela que decorre da violação de obrigação disposta em um negócio jurídico e responsabilidade extracontratual é aquela que decorre diretamente da lei.

O art. 159, agora substituído pelo art.186 do mais recente Código, fundamental em sede de indenização por ato ilícito, estabeleceu a base da responsabilidade extracontratual ou extranegocial no direito brasileiro: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. De outro giro, a responsabilidade tradicionalmente denominada de contratual, modernamente mais aceita como negocial, cuida do inadimplemento de contratos e outros negócios jurídicos.

60 GAGLIANO OS, PAMPLONA FILHO R. Novo Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p. 10.

61 LISBOA RS. Manual de direito civil. Obrigações e Responsabilidade Civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. v., 2004.

Para Diniz⁶² ter-se-á responsabilidade contratual, se oriunda de inexecução de negócio jurídico bilateral ou unilateral. Resulta, portanto, de ilícito contratual, ou seja, de falta de adimplemento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação. É uma infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contraentes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente e pressupõe capacidade para contratar. Baseia-se no dever de resultado, o que acarretará a presunção da culpa pela inexecução previsível e evitável da obrigação nascida da convenção prejudicial à outra parte. Só excepcionalmente se permite que um dos contratantes assuma, em cláusula expressa, o encargo da força maior ou caso fortuito.

Já a responsabilidade extracontratual ou aquiliana, se resultante do inadimplemento normativo, ou melhor, da prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz (CC, art.927), visto que não há vínculo anterior entre as partes, por não estarem ligadas por uma relação obrigacional ou contratual. A fonte dessa responsabilidade é a inobservância da lei, ou seja, é a lesão a um direito, sem que entre o ofensor e o ofendido preexista qualquer relação jurídica. O lesante terá o dever de reparar o dano que causou à vítima com o descumprimento de preceito legal ou a violação de dever geral de abstenção pertinente aos direitos reais ou de personalidade, ou seja, com a infração à obrigação negativa de não prejudicar ninguém.

As responsabilidades contratual e extracontratual se fundam na culpa e visam à reparação do mal causado. Essas duas responsabilidades não podem ser acumuladas na mesma demanda, visto que, se assim ocorresse, o demandante receberia dupla indenização; uma a título de responsabilidade contratual e a outra a título de responsabilidade aquiliana. Tendo em vista as semelhanças entre as duas, há uma tendência moderna de se afastar a dicotomização da responsabilidade em contratual e extracontratual.

Lisboa⁶³ aponta que, costumeiramente, afirma-se que a responsabilidade extracontratual é a responsabilidade aquiliana, entendendo que

62 DINIZ MH. Responsabilidade civil, in Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º Volume, 18ª ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002, São Paulo:Saraiva, 2004.

63 LISBOA RS. Manual de direito civil. Obrigações e Responsabilidade Civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. v., 2004.

a essa classificação deve ser feita crítica, uma vez que a teoria aquiliana introduziu o pressuposto culpa ao conceito de responsabilidade civil, e não tão somente à responsabilidade extracontratual. Entende este autor que equiparar a responsabilidade aquiliana à extracontratual leva a dois equívocos: o primeiro, de se limitar a responsabilidade extracontratual à culpa, quando isso não corresponde à realidade, ainda mais se contrastada com o impulso que obteve a teoria da responsabilidade sem culpa durante o Século XX. E, por outro lado, não coloca a responsabilidade extracontratual em seu verdadeiro patamar. A responsabilidade extracontratual é o gênero, a responsabilidade aquiliana é a espécie.

Rodrigues⁶⁴ afirma que muitos entendem que as duas responsabilidades são de igual natureza, não havendo por que discipliná-las separadamente, pois tanto na configuração da responsabilidade contratual, como na aquiliana, vários pressupostos são comuns. Em ambas, mister se faz a existência do dano, a culpa do agente e a relação de causalidade entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima ou por outro contratante. Salienta que a tese clássica, hoje extremamente combatida, persiste na afirmativa da diversa natureza de tais espécies de responsabilidade. Esse autor entende que pelo menos para efeito didático e de melhor entendimento, parece conveniente manter a distinção, pois sob ângulos práticos ela se justifica amplamente, como em matéria de prova e de capacidade.

Na responsabilidade contratual o agente responde se for plenamente capaz, condição exigida sine qua non, quando da formalização dessa obrigação, sob pena de ser considerado nulo ou anulável. Assim, o menor púbere só se vincula contratualmente assistido por seu representante legal e, excepcionalmente sem ele, se maliciosamente declarou-se maior; portanto, só pode ser responsabilizado por seu inadimplemento nesses casos. Na responsabilidade aquiliana, entretanto, cumpre-lhe reparar o prejuízo sempre, pois se equipara ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos em que for culpado. Gagliano e Pamplona Filho⁶⁵ esclarecem que é

64 RODRIGUES S. Responsabilidade Civil, vol. IV, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

65 GAGLIANO OS, PAMPLONA FILHO R. Novo Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p. 20.

Justamente por essa circunstância que, na responsabilidade civil aquiliana, a culpa deve ser sempre provada pela vítima, enquanto na responsabilidade contratual, ela é, de regra, presumida, invertendo-se o ônus da prova, cabendo à vítima comprovar, apenas, que a obrigação não foi cumprida, restando ao devedor o ônus probandi, por exemplo, de que não agiu com culpa ou que ocorreu alguma causa excludente do elo de causalidade. Como observa o ilustrado SÉRGIO CAVALIERI FILHO, “essa presunção de culpa não resulta do simples fato de estarmos em sede de responsabilidade contratual. O que é decisivo é o tipo de obrigação assumida no contrato. Se o contratante assumiu a obrigação de alcançar um determinado resultado e não conseguiu, haverá culpa presumida, ou, em alguns casos, até responsabilidade objetiva; se a obrigação assumida no contrato foi de meio, a responsabilidade, embora contratual, será fundada na culpa provada”.

As obrigações de meio podem ser exemplificadas como aquelas do advogado e do médico, nas quais, via de regra, salvo algumas exceções, o profissional obriga-se a utilizar todos os seus esforços para alcançar um fim, mas não se compromete a atingi-lo. Via de regra, porque até mesmo esses profissionais assumem obrigações de resultado, como o advogado que se obriga a elaborar a minuta de um contrato, devendo prestar esse serviço de modo a satisfazer plenamente os interesses do contratante, ou o médico que se obriga a realizar cirurgia plástica embelezadora no paciente, devendo melhorar a aparência do cliente e não piorá-la.

1.4.3 Relativamente ao Agente

Para Diniz⁶⁶ em relação ao agente a responsabilidade pode ser direta e indireta ou complexa. Será direta se for proveniente da própria pessoa imputada. O indivíduo responderá pelo seu próprio ato. A fi-

66 DINIZ MH. Responsabilidade civil, in Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º Volume, 18ª ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10-1- 2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002, São Paulo:Saraiva, 2004.

gura indireta ou complexa se promana por ato de terceiro, com o qual o agente tem vínculo legal de responsabilidade, de fato de animal e de coisas inanimadas sob sua guarda.

Entende-se, portanto, que sob o ponto de vista da causa, a responsabilidade civil pode ser direta e indireta. A responsabilidade é direta quando proveniente de conduta cometida pelo próprio sujeito sobre o qual recai a imputabilidade. Nesta, o responsável é quem pratica o ato danoso. Poderá ser ainda, aquele que se torna o mandante da conduta prejudicial aos interesses da vítima. Por sua vez, responsabilidade indireta é aquela proveniente de conduta cometida ou de coisa relacionada como o sujeito sobre o qual recai a imputabilidade.

CAPÍTULO II - Responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores

2.1 Noção e previsão legal

A responsabilidade civil dos pais, pelos atos dos filhos menores, está prevista no artigo 932, I, do Código Civil:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

De modo geral pode-se apontar que o dever de guarda e vigilância é intrínseco aos pais, também estendido a curadores e tutores. Conforme aponta Cavalieri Filho⁶⁷, isto incide do texto legal, ou seja, da parte final do inciso I, do artigo 932, qual seja, a expressão “estiverem sob sua autoridade e em sua companhia”. Esse dever de guarda e vigilância é exigível daquele que tem autoridade sobre outrem, e enquanto o tiver em sua companhia.

Analisando-se o artigo em questão, pode-se verificar que esta modalidade de responsabilidade é objetiva como será demonstrada nos de-

67 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.175.

mais tópicos desse capítulo, a responsabilidade dos pais, pelos atos dos filhos menores, é hoje em dia consagrada, tanto na doutrina como na jurisprudência nacional, bem como na maioria das legislações modernas, como sendo responsabilidade objetiva.

O exercício do pátrio poder fundamenta à responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores em sua companhia e em sua guarda. É um dos casos de responsabilidade civil por fato de terceiro baseado na culpa *in vigilando*. Nesse sentido,

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR ATO DE FILHO MENOR - ACIDENTE DE TRÂNSITO COM VÍTIMA FATAL - PAIS SEPARADOS DE FATO - PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ - PRELIMINAR REJEITADA - PODER FAMILIAR E AUTORIDADE SOBRE O FILHO MENOR - DANO MORAL E MATERIAL - PENSÃO MENSAL - TERMO FINAL - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

- 1) Férias constituem exceção legal ao princípio da identidade física do juiz, autorizando a prolatação da sentença por substituto;
- 2) O “Poder Familiar”, mesmo na hipótese de separação dos pais permanece, não sendo razoável que um cônjuge, apenas porque separado do outro, possa se eximir integralmente da responsabilidade pelos atos de seu filho menor, salvo em situações excepcionais, de nenhuma ingerência em sua criação;
- 3) O reconhecimento da responsabilidade civil do pai por ato de seu filho menor não exclui, entretanto, a da mãe, ainda que separados de fato, eis que a autoridade sobre os filhos nem sempre implica proximidade física;
- 4) Reconhecido o dano moral, o quantum indenizatório deve ser proporcionalmente fixado considerando a condição sócio-econômica da vítima, a capacidade econômica do ofensor, a natureza e extensão do dano, o grau de culpa do autor, não devendo a reparação, pois, exorbitar da adequação que nos ditam os expressivos julgados de nossos Tribunais Superiores;

5) A indenização, no caso de homicídio, consiste no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família, bem como na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia -interpretação do art. 948 do Código Civil Brasileiro;

6) Consoante precedentes do Superior Tribunal de Justiça, o termo final da pensão por morte é o da data em que a vítima completaria sessenta e cinco anos de idade, cujo montante, no entanto, deve ser reduzido pela metade depois da data em que ela atingiria vinte e cinco anos de idade;

7) Recurso parcialmente provido (TJAP – Apelação Civil: AC 254105 AP – 12/01/2007).

O artigo 933 do CDC, dispõe que “as pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”, presume, expressamente, a responsabilidade objetiva.

2.2 Evolução histórica

O Código Civil Francês foi a fonte de inspiração das codificações latino-americanas, no que se refere a responsabilidade dos pais pelos atos danosos a terceiros, praticados por seus filhos menores, sob a sua guarda.⁶⁸

O Código Civil Francês estabelece uma presunção *juris tantum* de culpa contra os pais de filhos menores que com eles habitem, culpa esta *in vigilando* ou *in educando*.

No Brasil, a responsabilidade civil dos pais, pelos atos dos filhos menores, conforme dito no item anterior, está prevista no artigo 1.521, inciso I, do Código Civil, promulgado em 1916, e tem passado por “sucessivas vicissitudes”, na expressão de Caio Mário da Silva Pereira.⁶⁹

68 KARAM, Munir. Responsabilidade civil dos pais pelo fato do filho in: Enciclopédia Saraiva de Direito, vol. 65, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 394.

69 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 89.

O Código Criminal de 1830, que embora considerasse inimputáveis os menores de quatorze anos, dispunha, em seu artigo 11, que os bens desses menores, ainda que inimputáveis, estariam sujeitos à satisfação do mal causado por eles. Naquela época o juízo criminal tomava conhecimento da indenização, não havendo separação das jurisdições cível e criminal.⁷⁰

O Código Penal de 1890 também regulou matéria de direito civil, repetindo, em seu artigo 31, os preceitos do artigo 11 do Código Criminal do Império.

Na Consolidação das leis civis, em 1899, manteve a responsabilidade dos menores inimputáveis, com ênfase, na separação das jurisdições cível e criminal. O Projeto primitivo do Código Civil – Clóvis Beviláqua –, segundo Munir Karam, “*seguiu a mesma orientação, equiparando o menor (sem distinção de idade) ao maior, para os efeitos das obrigações resultantes dos atos ilícitos. Depois se acrescentou: menor entre 14 e 21 anos.*”⁷¹

Com a promulgação do Código Civil de 1916 consagrou-se, portanto, solução manifestamente inadequada, pois fazer recair sobre as vítimas o ônus da prova da culpa dos pais equivalia a, na maioria das vezes, deixar aquelas sem reparação, dada a dificuldade da produção da prova de culpa dos pais, cabendo à jurisprudência inverter a regra, passando a sustentar a presunção de culpa, tal como dos responsáveis indiretos, tal como estava no Projeto Beviláqua.

Segundo Munir Karam, o Código de Menores, aprovado pelo Decreto n. 17.942-A, de 12 de outubro de 1927, estabeleceu, por sua vez, em seu artigo 68, § 4º, ser responsável o pai, ou a pessoa a quem incumbia legalmente a vigilância do filho, salvo se provar que não houve de sua parte culpa ou negligência. Estabeleceu, desta forma, a presunção *juris tantum* de culpa dos genitores pelos atos ilícitos praticados por seus filhos, reforçando o posicionamento jurisprudencial já existente.⁷²

Posteriormente, o referido Código foi substituído por outro, o Código de Menores editado pela Lei n. 6.647, de 10 de outubro de 1979. Neste, apesar de não ter sido retomado o assunto, a disposição

70 KARAM, Munir. Op. cit., p. 397.

71 KARAM, Munir. Op. cit., p. 397.

72 KARAM, Munir. Op. cit., p. 398.

de seu último artigo deixa claro que houve a revogação total do antigo Código de Menores de 1927.

Bulhões de Carvalho, citado por Munir Karam, criticou a omissão do projetista, assim dizendo: “*não reproduzido o citado dispositivo do Código de Menores, restaura-se plenamente o CC, que, nessa parte, é imperfeito.*”⁷³

O Código de Menores de 1979 foi revogado pelo atual Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90, que nada dispôs a respeito do assunto.

Surgiram controvérsias a respeito da nova interpretação que se deveria dar à tal espécie de responsabilidade em razão das mudanças legislativas por que passou o instituto.

Este também é o entendimento de Maria Helena Diniz, quando diz que “a responsabilidade do representante legal por ilícito de menor será objetiva, por não mais existir a presunção de culpa”, embora admita, logo após, que

para evitar injustiças em certos casos, tem-se decidido, com base na Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal, que se exonerar o representante legal do menor, se for evidente que o dano causado pelo menor se deu, apesar de seu representante ter sido diligente, cumprindo de modo exemplar a obrigação de vigiância. Com isso a responsabilidade será subjetiva.⁷⁴

Objetivando evitar injustiças que na jurisprudência permanece firme a presunção de culpa dos pais, tutores e curadores. Nesse sentido,

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS
ILÍCITOS DE FILHO MENOR - PRESUNÇÃO DE
CULPA - LEGITIMIDADE PASSIVA, EM SOLIDARIE-
DADE, DO GENITOR QUE NÃO DETÉM A GUARDA
- POSSIBILIDADE - NÃO OCORRÊNCIA IN CASU -
RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

⁷³ CARVALHO, Bulhões de apud KARAM, Munir. Op. cit., p. 398.

⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

I - Como princípio inerente ao pátrio poder ou poder familiar e ao poder-dever, ambos os genitores, inclusive aquele que não detém a guarda, são responsáveis pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores, salvo se comprovarem que não concorreram com culpa para a ocorrência do dano. II - A responsabilidade dos pais, portanto, se assenta na presunção *juris tantum* de culpa e de culpa *in vigilando*, o que, como já mencionado, não impede de ser elidida se ficar demonstrado que os genitores não agiram de forma negligente no dever de guarda e educação. Esse é o entendimento que melhor harmoniza o contido nos arts. 1.518, § único e 1.521, inciso I do Código Civil de 1916, correspondentes aos arts. 942, § único e 932, inciso I, do novo Código Civil, respectivamente, em relação ao que estabelecem os arts. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e 27 da Lei n. 6.515/77, este recepcionado no art. 1.579, do novo Código Civil, a respeito dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. III - No presente caso, sem adentrar-se no exame das provas, pela simples leitura da decisão recorrida, tem-se claramente que a genitora assumiu o risco da ocorrência de uma tragédia, ao comprar, três ou quatro dias antes do fato, o revólver que o filho utilizou para o crime, arma essa adquirida de modo irregular e guardada sem qualquer cautela (fs. 625/626). IV - Essa realidade, narrada no voto vencido do v. acórdão recorrida, é situação excepcional que isenta o genitor, que não detém a guarda e não habita no mesmo domicílio, de responder solidariamente pelo ato ilícito cometido pelo menor, ou seja, deve ser considerado parte ilegítima. V - Recurso especial desprovido (STJ – Resp 777327 RS Rel. Min. Massami Uyeda, 01/12/2009).

Conforme se podem observar os pais, tutores ou curadores respondem pelos danos causados por aqueles que estiverem sob sua guarda, independente de culpa haja vista que a responsabilidade está baseada na culpa *in vigilando*, que transcorre da falta de atenção ou cuidado com o procedimento de outrem que está sob a Guarda ou responsabilidade do agente.

2.3 Situações em que ocorre a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores

Segundo Silvio de Salvo Venosa⁷⁵, “como os menores entre 16 e 21 são considerados capazes para fins de responsabilidade civil (art. 156 do Código de 1916)”. Hoje, fica claro que a responsabilidade é solidária entre os pais e os filhos entre 16 e 18 anos.

Segundo Aguiar Dias, a responsabilidade do pai pelo ato do filho se aplica a todos os atos ilícitos que pratique em qualquer situação, porque a vigilância que lhe incumbe é universal e contínua, não podendo que com relação a determinados atos submetidos a essa vigilância não se configura a sua responsabilidade.⁷⁶

No mesmo sentido, Rui Stocco entende que não se exige que a vítima comprove a falta de vigilância, nem se exime o pai com a alegação de que não faltou com ela e com educação.⁷⁷

Nesse sentido tem-se os seguintes posicionamentos jurisprudenciais:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO POR MENOR PÚBERE QUE CONDUZIA MOTOCICLETA SEM HABILITAÇÃO LEGAL. MORTE DA VÍTIMA. RESPONSABILIDADE DOS PAIS DO MENOR, AINDA QUE O VEÍCULO PERTENÇA A TERCEIRO. RECURSO PROVIDO.

I. É irrelevante o fato de os Apelantes, no momento do acidente causado por seu filho menor púbere, supostamente não estarem na cidade; também é indiferente que os Apelantes não tenham emprestado a motocicleta a seu filho, ou dado permissão a que

75 VENOSA, Silvio de Salvo - Direito Civil IV - Responsabilidade Civil. 3º Ed. Ed. Atlas. São Paulo, 2003, p. 61.

76 DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 514.

77 STOCO, Rui. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. São Paulo: RT, 1999, p. 473.

este dirigisse uma. Tratase de hipótese de presunção de culpa, que se estende ao nexos causal. O ponto nevrálgico que define a responsabilidade dos pais é a relação de dependência do filho para com eles e a relação de autoridade destes para com o filho, circunstâncias fáticas incontroversas nos autos. Exegese do art. 932, I, do Código Civil (TJES – AC. 54060001820 ES – 09/09/2008 Rel. Catharina Maria Novaes Barcellos).

2.4 Condições da responsabilidade

De conformidade com a nossa sistemática jurídica, a pessoa não responde só pelo dano que, mediante dolo ou culpa, deu origem a um dano.

A responsabilidade por fato de terceiro constitui, na verdade, uma forma de responsabilidade por fato próprio omissivo uma vez que os responsáveis indiretos contribuem para a ocorrência do dano face à sua omissão. A inobservância do dever de cuidado é causa indireta do dano. Quando eles negligenciam o cuidado ou vigilância de que eram incumbidos, agem com culpa.⁷⁸

Para a ocorrência desta responsabilidade indireta, Caio Mário da Silva Pereira entende ser esta decorrente “*da conjugação da menoridade do filho, que é um fato concreto, e que se prova com a certidão extraída do Assento de Nascimento; e a circunstância fática de se encontrar ele sob pátrio poder e na guarda e companhia paterna.*”⁷⁹ Entretanto, a doutrina não é unânime na definição dos requisitos para admissibilidade da responsabilidade civil dos pais sobre os atos dos filhos menores. De uma forma geral, entende-se que são três os requisitos, a saber: a menoridade do filho, a relação de paternidade e a coabitação ou convivência.

A condição primeiríssima para responsabilizar os pais, por atos praticados por seus filhos, é a menoridade dos mesmos, uma vez que alcançada a maioridade, há a extinção do pátrio poder e os filhos adquirem capacidade absoluta, devendo, então, responderem por si sós pelos seus atos.

78 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. Cit., p.111.

79 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 89.

No que diz respeito aos absolutamente incapazes, com idade de zero a dezesseis anos, a responsabilidade dos pais é única. Ao avaliar o Código Civil, percebe-se que este origina os elementos de responsabilização dos pais em decorrência dos atos ilícitos praticados por seus filhos. Assim sendo, é importante citar que o rebento tem de ser menor de 16 (dezesseis) anos, pois caso seja maior de 16 (dezesseis) anos e menor de 18 (dezoito) anos, equiparar-se-á ao maior, quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos, e a responsabilidade dos pais seria, deste modo, solidária.

Referente à emancipação dos filhos menores, ocorrem divergências doutrinárias quanto à influência que esta ocasiona na responsabilidade dos pais. Enquanto alguns autores sustentam que a responsabilidade dos pais não sofre alteração, quando os filhos tenham sido voluntariamente emancipados, inexistindo, entretanto, responsabilidade nos casos de emancipação por casamento ou outras causas arroladas no artigo 9º, § 1º, do Código Civil (este é o posicionamento de Maria Helena Diniz,⁸⁰ por exemplo), outros autores, entre eles Orlando Gomes e Mário Moacyr Porto, pensam que a emancipação equivale à maioridade, rompendo, portanto, com a subordinação legal dos filhos aos pais, extinguindo, por assim dizer, o pátrio poder e, conseqüentemente, a responsabilidade do genitor em exercer os deveres de educação e de vigilância.⁸¹

A emancipação não influencia em nada na responsabilidade dos pais, se ocorrer a possibilidade do pai conferir a emancipação ao filho justamente para eximir-se de qualquer obrigação de ressarcimento de dano porventura ocasionado por filho que ainda vive em sua companhia. Neste caso, há fraude à lei e, conseqüentemente, no dizer de Alvinho Lima, “necessário seria, no entanto, anular a escritura de emancipação, para todos os efeitos legais.”

Conforme enfatiza Guilherme Castro se a emancipação concedida ao filho não é efetiva, continuando o emancipado a viver sob os auspícios dos pais, não é ela motivo de exoneração de responsabilidade por

80 DINIZ, Maria Helena. Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 433.

81 GOMES, Orlando Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 359.

parte destes.⁸²

Da mesma forma, Ulderico dos Santos admite que, embora a emancipação voluntária invista o emancipado de capacidade plena para os atos da vida civil, entende que, no tocante à responsabilidade civil, continuam os pais respondendo, solidariamente, pelos atos dos filhos, se estes viverem em sua companhia, bastando, para tanto, que cometam ato objetivamente ilícito.⁸³

Do mesmo entendimento compartilha Munir Karam, quando diz que emancipação voluntária deve corresponder à realidade dos fatos:

Se o filho emancipado continua a viver na companhia dos pais, a deles depender, a seguir suas ordens, a viver às suas expensas, torna-se evidente que a emancipação se realizou apenas no plano formal, sem suporte fático. De igual modo, se o filho não possui ainda maturidade suficiente, segurança no seu comportamento, não se mostra capaz de gerir os seus atos na vida civil, tem-se que a emancipação foi um ato irrefletido. O filho continua dependente dos pais e sob o seu poder. Este tipo de emancipação não pode produzir efeitos liberatórios da responsabilidade do pai em relação aos atos danosos do filho.⁸⁴

No caso da condição de convivência, esta sujeita-se às circunstâncias de cada caso concreto, servindo apenas como um princípio. Conforme Alvino Lima, a *“coabitação é, portanto, uma das condições para que surja, normalmente, a responsabilidade do genitor pelo ato ilícito do filho menor, mas não a elimina, desde logo, sempre que esta coabitação não exista.”*⁸⁵ Refere-se o autor que se o filho menor não reside com seu genitor, nem por isso, estará ele, o pai, detentor do pátrio poder, isento de qualquer responsabilidade sobre o filho.

82 CASTRO, Guilherme Couto de. A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro: o papel da culpa em seu contexto. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 35-36.

83 SANTOS, Ulderico Pires dos. A responsabilidade civil na doutrina e na jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 116.

84 KARAM, Munir. Op.cit., p. 404.

85 LIMA, Alvino. A responsabilidade civil pelo fato de outrem. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 30.

A ausência de coabitação entre eles pode ser derivada da culpa do próprio pai ou então que, embora não exista coabitação, o pai não esteja impedido de fiscalizar a conduta de seu filho.

Para que haja exoneração de qualquer responsabilidade mister será que o pai comprove a impossibilidade de fiscalização sobre o filho, como ocorre, por exemplo, no caso em que este abandona a casa paterna, não obstante as tentativas dos pais em reconduzi-lo ao lar.

Se o pai comprova devidamente a situação de fato, qual seja a ausência de coabitação, demonstrando a inexistência de culpa de sua parte, isento estará de responder pelos atos dos filhos. Podendo ocorrer, por exemplo, quando os filhos estudam em colégios de regime de internato ou estão submetidos ao regime militar, por exemplo, ou, ainda, quando estão trabalhando, subordinados, aí, aos seus empregadores, entendendo-se, nestes casos, que a responsabilidade dos pais não mais existiria, porquanto responsabilizadas seriam as pessoas a quem os menores estão subordinados.

Entretanto, como pondera Alvino Lima, “*a solução do problema não deve acatar esta ou aquela solução, de modo absoluto, devendo ser levadas em consideração, em cada caso concreto, as circunstâncias especiais que dominarem a hipótese.*”⁸⁶ E isto pelo seguinte motivo:

...embora como preposto de outrem, ou sob a dependência ou autoridade de terceiro, o filho menor permanece sob a autoridade paterna. Verificado o ato ilícito do menor, lesando o direito de terceiro, é preciso examinar se a causa do dano provém da má educação já recebida, ou de outra circunstância decorrente da orientação paterna, ou se a causa do dano se prende à nova orientação do comitente, ou de outrem, com quem o menor reside. Na primeira hipótese, o genitor continua a responder pelos atos de seu filho menor; na segunda hipótese, a responsabilidade do pai deixará de subsistir, sendo o responsável o comitente ou terceiro, com quem resida o menor, uma vez que sejam verificadas as condições legais.⁸⁷

86 LIMA, Alvino. op.cit., p. 37.

87 LIMA, Alvino. op.cit., p. 37.

Da mesma forma se posiciona Albertino Daniel de Melo:

...se o menor não mora com seus pais, êle mora sòzinho ou com terceiros, ou êle é um vagabundo. Em todos os casos, o caráter legítimo ou ilegítimo da separação é procurado: quer-se saber, pelos fatos, se houve atitude culposa do titular do pátrio poder, antes anterior ao delito; ou uma circunstância dêste, ou sua natureza, que faça crer em deficiência no cumprimento do dever de educação. O caráter ilegítimo aparece quando o menor mora sòzinho, em circunstâncias que coincidem com aquelas que permitem declarar a ilegitimidade da emancipação. Quando êle mora com terceiro, sôbre quem pese uma obrigação de vigilância constante a respeito dêle, então é o caráter legítimo da separação que deve ser levado em conta, pelo menos nos casos em que o internamento junto do terceiro é considerado como sendo do interesse do menor, para fins de aperfeiçoar a sua educação ou a sua instrução profissional.⁸⁸

E, por fim, o terceiro fundamento é a relação de paternidade, pois, como já dito anteriormente, a responsabilidade dos pais, pelos atos dos filhos menores, está vinculada ao exercício do pátrio poder, que, como também já foi referenciado, incumbe, conjuntamente, a ambos os pais.

Cumpré ressaltar que a vítima tem o ônus de provar a atuação culposa do causador do dano, pois o que se presume é apenas a responsabilidade dos pais. Havendo prova inequívoca de culpa do menor autor do dano, presumir-se-ão culpados seus pais cuja responsabilidade só será afastada se houver comprovação de perda do pátrio poder. A vítima, portanto, não cuidará de demonstrar a omissão dos pais ou responsáveis; será suficiente que prove a culpa do menor, pois desde então serão considerados culpados seus pais.

Hoje em dia, “a nossa ordem constitucional não mais permite essa distinção entre marido e mulher, motivo pelo qual os dois, em regra, são titulares do pátrio poder e, ao mesmo tempo, exercem-no

88 MELO, Albertino Daniel de. A responsabilidade civil pelo fato de outrem nos direitos francês e brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 34.

conjuntamente”⁸⁹. Essa equalização do exercício do pátrio poder seria uma consequência óbvia, visto que a Constituição não faz uma diferenciação entre pai e mãe, “o poder familiar não é o exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto pela paternidade e maternidade, decorrente da lei”⁹⁰.

Mesmo com o divórcio, o poder familiar não é extinto. Este poder é derivado da relação de paternidade ou maternidade, não em decorrência da sociedade conjugal, sendo que esta engloba tanto o casamento, quanto a união estável. A guarda será dada a um dos pais, não significando que o outro perderá o direito de visitas ao filho, inclusive é possível a existência da guarda compartilhada. Segundo Venosa⁹¹, o que se pode notar é que o cônjuge não detentor da guarda tem seu pátrio poder enfraquecido, pois ele tem menos condições de exercer a vigilância sobre o filho devido ao menor contato que possui.

Capítulo III - Tratamento jurisprudencial

3.1 Responsabilidade objetiva ou subjetiva dos pais?

Um dos objetivos principais da responsabilidade civil é localizar a causa direta e imediata que foi o decisivo para o resultado danoso. De tal modo, sabendo que foi devido a um comportamento do filho que o dano aconteceu, a responsabilidade será remetida, prontamente aos pais, ou seja, serão os pais que responderão pelo fato danoso e receberão uma sanção, pois falharam ao dever de guarda e vigilância ⁹².

Nota-se que a existência do filho foi, de forma predominante, o fato que levou ao pai ser o responsável por seus atos. Esta linha de pensamento pode parecer drástica, mas, hoje, a paternidade é uma escolha, ser responsável pelo filho é a consequência lógica dessa escolha. Deste

89 SOUZA, Gelson Amaro – Responsabilidade dos Pais pelos Danos causados pelos Filhos. Revista Igualdade. Curitiba. V.9, 2001. nº 30. p.30-88. Janeiro/Março 2001, p.49.

90 Idem.

91 VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil VI – Direito de Família. 7ª Edição. Atlas. São Paulo, 2007, p.290.

92 SOUZA, Gelson Amaro – Responsabilidade dos Pais pelos Danos causados pelos Filhos. Revista Igualdade. Curitiba. V.9, 2001. nº 30. p.30-88. Janeiro/Março 2001

modo, para a teoria da responsabilidade direta, satisfazem a relação paternal para a configuração da responsabilidade civil, logo, os deveres de guardar, vigiar e educar vem do ato de gerar. Carlos Roberto Gonçalves deixa clara esta posição que se baseia na escolha de gerar dos pais (2003, p. 134):

Os filhos, para os pais, são fonte de alegrias e esperanças e são, também, fonte de preocupações. Quem se dispõe a ter filhos não pode ignorar os encargos de tal resolução. Assim, pois, em troca da razoável esperança de alegrias e amparo futuro, é normal contra o risco de frustrações, desenganos, decepções e desilusões. Portanto, menos que ao dever de vigilância, impossível de ser observado durante as 24 horas de cada dia, estão os pais jungidos ao risco do que pode acontecer aos filhos pequenos, ao risco daquilo que estes, na sua inocência ou inconsciência, possam praticar em prejuízo alheio. A realidade indica que é muito mais racional e menos complicado entender que a responsabilidade dos pais pelos danos causados por seus filhos menores se funda no risco.

Conforme Silvio de Salvo Venosa⁹³ (2002, p. 61), “como os menores entre 16 e 21 são considerados capazes para fins de responsabilidade civil (art. 156 do Código de 1916)”. Atualmente, fica claro que a responsabilidade é solidária entre os pais e os filhos entre 16 e 18 anos. Vislumbrando-se, pois, esta solidariedade, a vítima do dano poderá exigir tanto o pai, quanto o filho “ou ambos conjuntamente”.

Assim sendo, tem-se a idéia de que, havendo um dano, o menor, além disso, poderá ser responsabilizado, até mesmo de modo pecuniário, caso a situação lhe permita. No entanto, vê-se que o modo mais comum empregado para responsabilização do menor é a realização de serviços comunitários. Este modo não dispensa os pais da responsabilidade, tendo estes, na maioria das vezes, que pagar o dano.

Enfim, defende-se o posicionamento de Maria Helena Diniz que reconhece a responsabilidade dos pais como objetiva, porém, a respon-

93 GONÇALVES, Carlos Roberto - Responsabilidade Civil. 8ª Ed. Revista. Ed. Saraiva.São Paulo, 2003, p.56.

sabilidade não deve recair apenas para aqueles que possuem a guarda ou o poder, mas também, sobre aqueles que possuem o poder de vigilância, e daí poderá ser um terceiro ao qual o poder de cuidar tenha sido transferido temporariamente pelos pais⁹⁴. Diz a autora:

(...) para que se configure tal responsabilidade será mister que:

a)(...)

b) o filho esteja sob a autoridade e em companhia de seus pais, pois, se estiverem em companhia de outrem será daquele a quem incumbe o dever de vigilância (...)

3.2 Situações de Responsabilidade: Análise jurisprudencial

3.2.1 Acidente de trânsito

Adotando a responsabilidade subjetiva dos pais, com presunção *juris tantum* de culpa, estão os seguintes julgados, relativos a acidentes de trânsito, onde os pais incidiram em culpa *in vigilando*:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. LESÕES PROVOCADAS EM MOTOCICLISTA ENVOLVIDO NO ACIDENTE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DOS PAIS PELOS DANOS OCACIONADOS PELOS FILHOS. DANOS MATERIAIS E MORAIS COMPROVADOS. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O DANO E A CONDUTA COMISSIVA DO AGENTE. INDENIZAÇÃO DEVIDA (1º TACRN - Ap. - Rel. Des. Armando da Costa Ferreira - 24/08/2004).

RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE VEÍCULO EM DECORRÊNCIA DE ROUBO PRATICADO POR MENOR - RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS RECONHECIDA - DANOS MATERIAIS - COMPROVAÇÃO - ORÇAMENTOS - LUCROS CESSANTES.

Respondem pela reparação civil, os **pais**, pelos atos **dos** filhos menores que estiverem sob seu poder e sua companhia, sen-

94 DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito civil Brasileiro. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

do presumida a **responsabilidade** paterna. (ACÓRDÃO – TJMG – 29/06/2004. Rel. Min. Lauro Bracarense).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ANULATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA - MENOR INABILITADO - PAIS - CULPA IN VIGILANDO - RESPONSABILIDADE CARACTERIZADA - TIPIFICAÇÃO CORRETA DO AUTO DE INFRAÇÃO - RECURSO IMPROVIDO. (AC. 7260 MS 2010.007260-0 – TJMS).

Cabe ressaltar que, conforme entende a jurisprudência, não afasta a responsabilidade dos pais o fato de o filho possuir habilitação para dirigir, subsistindo a responsabilidade dos pais mesmo nestes casos, conforme dispõem claramente as ementas de acórdãos a seguir transcritas:

CIVIL E PROCESSUAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. VÍTIMA FATAL. VEÍCULO CAUSADOR DIRIGIDO E PERTENCENTE A MENOR PÚBERE LEGALMENTE HABILITADO. RESPONSABILIDADE DOS PAIS NÃO CONFIGURADA. CARÊNCIA DA AÇÃO. CPC, ART. 267, VI.

I. Achando-se o menor púbere legalmente habilitado à condução de veículo automotor de sua propriedade, os danos por ele provocados a terceiros em acidente no qual também perdeu a vida não devem ser suportados pelos pais, eis que o dever de vigilância inerente ao exercício do pátrio poder não se estende sobre atos para os quais o filho se achava apto a praticar de forma absolutamente autônoma.

II. Conquanto possível, ainda assim, em hipóteses excepcionais, atribuir-se aos pais responsabilidade civil pelo comportamento do filho menor púbere, quando, sendo de seu conhecimento que ele padece de vício (alcoolismo, drogas, etc), doença ou tratamento que lhe retira reflexo ou capacidade de discernimento para dirigir, se omitem na tomada das providências necessárias, tais situações não se verificam no caso dos autos.

III. Recurso especial conhecido e provido, extinto o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, da lei adjetiva civil. (REsp 392099 DF 06/03/2002. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior).

Indenização. Acidente de trânsito. Responsabilidade dos pais. Menor inabilitado. A responsabilidade dos pais pelos atos danosos do filho menor persiste enquanto este não completar a maioridade, desde que esteja sob sua guarda e fiscalização (TJRO – AC 21/10/2008. Rel. Des. Gabriel Marques de Carvalho).

3.2.2 Guarda do filho conferida exclusivamente a mãe

Nessa hipótese, os Tribunais tem-se posicionado da seguinte forma:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE DOS PAIS E DA AVÓ EM FACE DE ATO ILÍCITO PRATICADO POR MENOR. SEPARAÇÃO DOS PAIS. PODER FAMILIAR EXERCIDO POR AMBOS OS PAIS. DEVER DE VIGILÂNCIA DA AVÓ.

1. O Tribunal a quo manifestou-se acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, tal como lhe fora posta e submetida. Não cabe alegação de violação do artigo 535 do CPC, quando a Corte de origem aprecia a questão de maneira fundamentada, apenas não adotando a tese da recorrente. Precedentes.

2. Ação de reparação civil movida em face dos pais e da avó de menor que dirigiu veículo automotor, participando de “racha”, ocasionando a morte de terceiro.

3. Quanto à alegada ilegitimidade passiva da mãe e da avó, verifica-se, de plano, que não existe qualquer norma que exclua expressamente a responsabilização das mesmas, motivo pelo qual, por si só, não há falar em violação aos arts. 932, I, e 933 do CC.

4. A mera separação dos pais não isenta o cônjuge, com o qual os filhos não residem, da responsabilidade em relação aos atos praticados pelos menores, pois permanece o dever de criação e orientação, especialmente se o poder familiar é exercido conjuntamente. Ademais, não pode ser acolhida a tese dos recorrentes quanto a exclusão da responsabilidade da mãe, ao argumento de que houve separação e, portanto, exercício unilateral do poder familiar pelo pai, pois tal implica o revolvimento do conjunto fático probatório, o que é defeso em sede de recurso especial. Incidência da súmula 7/STJ.

5. Em relação à avó, com quem o menor residia na época dos fatos, subsiste a obrigação de vigilância, caracterizada a delegação de guarda, ainda que de forma temporária. A insurgência quanto a exclusão da responsabilidade da avó, a quem, segundo os recorrentes, não poderia se imputar um dever de vigilância sobre o adolescente, também exigiria reapreciação do material fático-probatório dos autos. Incidência da súmula 7/STJ. (REsp 1074937/MA, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 19/10/2009)

3.2.3 Culpa na guarda de coisa perigosa

Interessantes julgados são também os relativos à negligência dos pais em relação à guarda de coisas perigosas, como armas de pressão, espingardas, brinquedos com pontas, entre outros. Sob esse aspecto tem-se os seguintes julgados:

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - DISPARO DE ARMA DE FOGO - MORTE DE MENOR - RESPONSABILIDADE CIVIL DE REPRESENTANTE LEGAL - DEVER DE GUARDA E VIGILÂNCIA - CULPA NA MODALIDADE NEGLIGÊNCIA - NAO OCORRÊNCIA DE CASO FORTUITO - VALOR DA INDENIZAÇÃO - CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - CARÁTER PUNITIVO-COMPENSATÓRIO - APELOS IMPROVIDOS -I

- Ação de Reparação de Danos proposta em face dos representantes legais de menor que efetuou disparo de arma de fogo que culminou com a morte de outro menor.II- A responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores é o fundamento jurídico da indenização pleiteada, decorrendo do dever de guarda e vigilância que estes possuem em relação aos filhos.III- As provas dos autos dão conta de que, do evento lesivo emerge a culpa, na modalidade negligência, não havendo que se falar em ocorrência de caso fortuito.IV- E pacífico na doutrina e jurisprudência o entendimento de que a indenização pelo dano moral sofrido com a morte de ente querido independe da prova do efetivo sofrimento, decorrente da carência afetiva, de maneira a abalar a estrutura da família.V- Da análise das circunstâncias do caso concreto , o valor fixado a título de indenização, atende ao princípio da razoabilidade, mostrando-se compatível com a natureza punitivo-compensatória do dano moral (TJES - Apelação Cível: AC 24960143873. Rel. Elpídio José Duque. 11/03/2008)

3.3 Prática de crimes

Segundo a lição de Maria Helena Diniz, também é presumida a responsabilidade dos pais que não velarem pelo menor, possibilitando que ele pratique algum delito, como furto e lesão corporal, por exemplo.⁹⁵

A responsabilidade dos pais em relação aos filhos menores está assentada na culpa “in vigilando” e “in omittendo” e, por outro lado, decorre da presunção relativa da culpa, invertendo-se o ônus da prova, impondo aos pais a obrigação de confirmar a ausência de culpa ou do nexo causal entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima. O menor que utiliza arma de fogo, guardada em local inadequado, acarreta a responsabilidade de seus pais pelos danos que causar (TJPR – AC- Rel. Milani de Moura. 06/10/2004).

95 DINIZ, Maria Helena. Responsabilidade civil, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 434.

Por fim, os crimes cometidos pelos filhos na rede mundial de computadores (Internet) também são responsabilidade dos seus pais.

INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. COMUNIDADE VIRTUAL. DIVULGAÇÃO, POR MENORES, DE MENSAGENS DEPRECIATIVAS EM RELAÇÃO A PROFESSOR. IDENTIFICAÇÃO. LINGUAGEM CHULA E DE BAIXO CALÃO. AMEAÇAS. ILÍCITO CONFIGURADO. ATO INFRACIONAL APURADO. CUMPRIMENTO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA. RESPONSABILIDADE DOS PAIS. NEGLIGÊNCIA AO DEVER LEGAL DE VIGILÂNCIA.

Os danos morais causados por divulgação, em comunidade virtual (orkut) de mensagens depreciativas, denegrindo a imagem de professor (identificado por nome), mediante linguagem chula e de baixo calão, e com ameaças de depredação a seu patrimônio, devem ser ressarcidos.

Incumbe aos pais, por dever legal de vigilância, a responsabilidade pelos ilícitos cometidos por filhos incapazes sob sua guarda (TJ-RO 00720060113492, AP. Civil 20/08/2008).

Capítulo IV - Tendências da responsabilidade civil dos pais

4.1 Adoção da responsabilidade objetiva

No que tange a responsabilidade objetiva Caio Mário, referindo-se à sistemática atual, menciona que

no direito brasileiro, com base na elaboração pretoriana e no desenvolvimento da doutrina, o que sobressai, na atualidade, é que predomina a tendência de assentar a responsabilidade por fato de outrem no princípio da presunção de culpa. É de se prever, contudo, que num futuro mais ou menos curto, procurará abrigo na teoria do risco.⁹⁶

96 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 88.

O futuro a que faz menção o autor acima citado diz respeito ao art. 933 do Novo Código Civil, *in verbis*:

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Pelo exposto no artigo citado, a responsabilidade do representante legal será objetiva por não existir presunção *juris tantum* de culpa, por não haver mais presunção de culpa *in vigilando*.

Mário Moacyr Porto, referindo-se a essa mudança, assim se manifesta:

À vista da inovação, os pais, em relação aos danos praticados pelos seus filhos menores, assumem, em relação à vítima, uma obrigação de garantia, obrigação que, desvinculada do conceito de culpa, somente poderá ser elidida no caso de intercorrência de uma causa estranha, ou mais precisamente, de uma razão de força maior, imprevisível e incontornável, pois, nesta hipótese, a exoneração da responsabilidade dos pais resultaria da inoccorrência de uma relação de causa e efeito entre o dano e o comportamento das pessoas apontadas como responsáveis. [...] não cabe mais indagar sobre a licitude ou a ilicitude da conduta de quem tem os filhos sob guarda e companhia, pois passarão a responder em nome da solidariedade familiar, da garantia assegurada à vítima, pura e simplesmente.⁹⁷

O Novo Código Civil, abraçando a “responsabilidade pelo risco”, tem como principal preocupação a “necessidade da vítima”, ao contrário do Código Civil de 1916, que com características individualistas, preocupa-se com o “agente do dano”.

97 PORTO, Mário Moacyr. Temas de responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 21.

Silvio Rodrigues também demonstra-se favorável a essa nova mudança, entendendo que dessa forma é ampliado o âmbito da indenização, atendendo ao anseio de justiça de que a vítima do dano tenha garantias de que não ficará irressarcida.⁹⁸

De maneira contrária, alguns doutrinadores não apreciam com tanto louvor essa nova mudança.

Alvino Lima, por exemplo, quando, referindo-se ao Anteprojeto do Código Civil, que também já havia adotado a responsabilidade objetiva dos pais, pensa que não fora adotada a melhor solução, justificando seu posicionar com vários fundamentos: o primeiro deles é que as legislações em geral não adotam o critério da responsabilidade objetiva, mas o da presunção *juris tantum* de culpa. Cita, a título exemplificativo, os Códigos Civis Italiano, Francês, Suíço, o da província de Quebec, bem como o Código polonês das obrigações. O segundo fundamento é que a situação dos pais em relação aos filhos não pode ser comparada à situação dos empregadores em relação aos prepostos, pois enquanto no primeiro caso tratam-se de atividades relativas ao exercício do pátrio poder e, por isso, de fins educativos, humanos e morais, no segundo caso cuidam-se de interesses econômicos, lucrativos, somente aí devendo-se falar em responsabilidade objetiva. O terceiro fundamento apontado pelo autor é o fato da dificuldade de educar um filho atualmente, tendo em vista a rebeldia dos jovens que, cada vez mais, julgam-se independentes e capazes de dirigir suas próprias vidas. Assim, julga “*demasiadamente rigoroso adotar o critério da responsabilidade objetiva dos pais pelos atos ilícitos dos seus filhos menores.*”⁹⁹

98 RODRIGUES, Silvio. Responsabilidade civil. 14. ed.. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 60.

99 LIMA, Alvino. A responsabilidade civil pelo fato de outrem. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 288-289.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto no trabalho apresentado, pude concluir que:

Adota-se na legislação pátria a teoria da responsabilidade subjetiva dos pais, com presunção de culpa, pelos atos dos filhos menores. Esse entendimento está consolidado pela quase unanimidade dos doutrinadores, e pelo entendimento jurisprudencial. Não obstante, o Código Civil, estabeleceu a referida presunção de forma quase que definitiva, a fim de que não restasse à vítima o ônus de provar a culpabilidade dos pais, o que em muitos casos seria praticamente impossível.

Com relação ao Novo Código Civil, este passou a adotar a responsabilidade objetiva dos pais, a fim de que seja resguardado, antes de tudo, o interesse da vítima, solução essa aplaudida por ilustres doutrinadores, como demonstrado no decorrer do trabalho. A solução, referente à responsabilidade civil dos pais não teve, assim, tratamento diferenciado, seguindo a tendência geral da adoção da responsabilidade objetiva em todo e qualquer caso, a fim de que haja a reparação plena, sem omissões, resguardado a garantia da vítima.

Adotou, ainda, o Novo Código, a responsabilidade objetiva por razões de equidade, tornando responsáveis os incapazes pela reparação dos prejuízos a que deram causa, solução essa que remonta a período anterior à promulgação do Código Civil de 1916, aplaudida por doutrinadores pátrios e existente em legislações de vários outros países.

Quanto ao posicionamento dos Tribunais em relação ao tema, pelo menos até a presente data, percebeu-se que, na grande maioria dos casos, os pais foram responsabilizados, dada a dificuldade de produção da prova liberatória de culpa, podendo concluir que tal análise é de fundamental importância ao tema da responsabilidade civil dos pais, pois, em relação a ele, somente é possível estabelecer diretrizes e nunca conceitos cristalizados, sendo, portanto, a partir da análise de julgamentos de casos concretos que se consolida, em cada situação específica, o sentido das normas jurídicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro: o papel da culpa em seu contexto**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª Ed. revista e ampliada. Ed. Jurídico Atlas. São Paulo, 2007.
- DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil Brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- DINIZ, Maria Helena - **Curso de Direito Civil Brasileiro - 7º Vol. Responsabilidade Civil**. 17ª Ed. Saraiva. São Paulo, 2003.
- FRANÇA, R. Limongi. As raízes da responsabilidade aquiliana. **Revista dos Tribunais** nº 577, nov/1983.
- GAGLIANO, Pablo Stolzo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo:Saraiva, 2003, v. 3.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GOMES, Orlando **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GONÇALVES, Carlos Roberto - **Responsabilidade Civil**. 8ª Ed. Revista. Ed. Saraiva. São Paulo, 2003.
- KARAM, Munir. Responsabilidade civil dos pais pelo fato do filho in: **Enciclopédia Saraiva de Direito**, vol. 65, São Paulo, Saraiva, 1977.

- LIBERATO, Tito Roberto. **Da responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores**. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 1987.
- LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- LISBOA Roberto Senice. Manual de direito civil. Obrigações e Responsabilidade Civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. v., 2004.
- MELO, Albertino Daniel de. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem nos direitos francês e brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1972.
- MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Questões cíveis controvertidas. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- PORTO, Mário Moacyr. **Temas de responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- REALE, Miguel. Razões de Novo Código. **Revista Jurídica Consulex** n. 13. Ano II, vol. I, de 31 de janeiro de 1998.
- RODRIGUES, Silvio. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. **Responsabilidade Civil**, vol. IV, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANTOS, Ulderico Pires dos. **A responsabilidade civil na doutrina e na jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SOUZA, Gelson Amaro – Responsabilidade dos Pais pelos Danos causados pelos Filhos. **Revista Igualdade**. Curitiba. V.9, 2001. nº 30. p.30-88. Janeiro/Março 2001.

STOCCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: RT, 1999.

VIANA PINTO E. **Responsabilidade Civil de acordo com o Novo Código Civil** Síntese, Porto Alegre, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil IV - Responsabilidade Civil**. 3º Ed. Ed. Atlas. São Paulo, 2003.

_____. **Direito Civil VI – Direito de Família**.
7ª Edição. Atlas. São Paulo, 2007.

JUDICIALIZAÇÃO DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19) NO BRASIL

Patrícia Monteiro Ramos

INTRODUÇÃO

O colapso do sistema de saúde pública no Brasil é eminente, conforme reiteradamente anunciado pelo Ministério da Saúde¹⁰⁰, portanto as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus têm que ser tomadas de forma rápida e efetiva. No entanto, o que tem se evidenciado, é a inércia do Poder Público e a adoção de ações contrárias ao protocolo adotado pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Conseqüentemente, o judiciário brasileiro, em destaque o STF, vem acumulando dezenas de ações pleiteando medidas públicas urgentes para o enfrentamento da crise.

A judicialização, ou seja, a intervenção do Judiciário em assuntos polêmicos como a pandemia do covid-19, diante da inércia dos demais poderes, tem sido crescente no Brasil. E para compreendermos esse fenômeno e suas repercussões, o trabalho apresentará uma abordagem teórica acerca da judicialização, percorrendo as origens do termo nos

100 ENTENDA por que o colapso no sistema de saúde é uma possibilidade real. **Correio Braziliense**. Brasília, 21 de março de 2020. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/03/21/interna_politica,835721/entenda-por-que-o-colapso-no-sistema-de-saude-e-uma-possibilidade-real.shtml>. Acesso em: 05.04.2020.

Estados Unidos ligadas ao famoso caso *Marbury v. Madison*. Abordará ainda, as principais críticas ao *judicial review* associadas à a legitimidade democrática e a politização da justiça.

Em seguida, adentraremos a questão da pandemia mundial do coronavírus (covid – 19), a partir das informações fornecidas pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e pelo Ministério Brasileiro da Saúde, bem como, as consequências sociais e jurídicas, face a omissão e ineficiência das medidas públicas adotadas. Faremos, também, uma breve análise de alguns casos importantes ligados à pandemia do covid-19 que estão sendo apreciados pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Ao final, trataremos do direito à saúde como um poder-dever do Estado e as repercussões da judicialização para a democracia.

1. JUDICIALIZAÇÃO

A teoria do *judicial review* resultou de uma construção jurisprudencial, implementada formalmente nos Estados Unidos por John Marshall em 1803, a partir do caso *Marbury v. Madison*. Mesmo que não se possa precisar, com absoluto grau de consenso, a correlação imediata entre a teoria esboçada nessa decisão e a prática efetiva do *judicial review* na jurisprudência norte-americana, é cediço, nas palavras do historiador Gordon Wood (1999, p.789), que “Marshall, obviamente, teve alguma relação com o seu começo.”

O julgamento do caso, presidido pelo *Chief Justice Marshall*, garantiu aos juízes da Suprema Corte o poder de exercerem o controle de constitucionalidade das leis. Na decisão, Marshall não concedeu o *writt* por considerar inconstitucional o §13 da Lei Judiciária de 1789, que, por se tratar de lei ordinária, não poderia criar hipótese nova de competência originária da Suprema Corte. Dentre os argumentos empregados, o *Chief Justice* ressaltou a supremacia da Constituição e, por decorrência lógica, a nulidade de leis contrárias ao documento constitucional, além de proclamar o Judiciário como o intérprete final da Constituição.

Embora fortemente influenciada pelo *judicial review* norte-americano, as origens da judicialização no Brasil se distinguem dos Estados Unidos principalmente porque a Constituição norte-americana é

silente em relação à competência da Suprema Corte para declarar a inconstitucionalidade das normas, ao contrário do Brasil onde a Constituição prevê não apenas o controle de constitucionalidade pela via concentrada, a partir da análise abstrata de leis ou atos normativos diretamente pelo STF, mas também o controle difuso por qualquer magistrado ou tribunal, os quais estão autorizados a não aplicar, no caso concreto, lei ou ato normativo considerado inconstitucional.

As origens da judicialização no Brasil conforme Luiz Roberto Barroso (2008, p. 19-20) estão ligadas a três causas diretas: a redemocratização do país; a constitucionalização abrangente; e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Primeira causa, *redemocratização do país*; iniciada a partir de 1985, o povo clama pelas diretas já e em 1987 foi convocada a Assembleia Nacional Constituinte que deu origem à vigente Constituição Federativa do Brasil de 1988. Houve um reposicionamento do poder judiciário frente aos demais poderes, especialmente como resultado da recuperação das garantias da magistratura.

Segunda causa, a *constitucionalização abrangente*; a inserção de questões políticas no texto constitucional foi uma grande preocupação do constituinte originário. A constitucionalização foi uma tendência Mundial, era preciso constitucionalizar determinadas matérias, e assim dar-lhes contorno de Direito, portanto, a Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Sendo assim, a constitucionalização tornou possível levar ao judiciário questões referentes aos direitos individuais ou sociais que anteriormente dependiam exclusivamente de decisões majoritárias, ou seja, do processo deliberativo.

Terceira causa, *controle de constitucionalidade*; que permite a declaração de inconstitucionalidade tanto pela via incidental, por qualquer magistrado ou tribunal, os quais estão autorizados a não aplicar, no caso concreto, lei ou ato normativo considerado inconstitucional; quanto pela via concentrada, a partir da análise abstrata de leis ou atos normativos diretamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Nessa linha, a judicialização é uma contingência histórica, ou seja, uma consequência natural do constitucionalismo contemporâneo. Significa que algumas questões de larga repercussão política ou social, estão sendo decididas pelo Poder Judiciário, diante da inércia dos de-

mais poderes, uma vez que, o magistrado não pode deixar de julgar o caso concreto.

2. CRÍTICAS À JUDICIALIZAÇÃO

A implementação do *judicial review* através da decisão de *Marshall* levantou um problema teórico, denominado por Alexander Bickel como “dificuldade contramajoritária”, qual seja, o suposto caráter antidemocrático da revisão dos atos emanados por poderes eleitos pela maioria por juízes ou tribunais. Há que se ressaltar que esta dificuldade contramajoritária no Estados Unidos tende a ser menor, na medida em que os juízes também são eleitos pelo povo, o que não ocorre no Brasil.

Apesar de toda literatura dispendida no estudo da teoria contramajoritária, nos parece um pouco simplista o argumento contrário ao *judicial review*, uma vez que, democracia não se confunde com governo da maioria. A democracia deve ser compreendida não como um fim em si mesma, mas como um modelo político voltado a realizar os direitos humanos fundamentais, tendo, a partir disso, uma perspectiva histórica.

Milênios atrás, Aristóteles já questionava a premissa majoritária e sua ligação com a democracia, afirmando que “não se deve, como costumava fazer certas pessoas, definir simplesmente a democracia como o governo em que a maioria domina.” O filósofo grego questionou se seria acertado intitular de democrático um governo excludente, no qual fosse dado apenas aos ricos o poder de decidir. E assim concluiu: “ninguém dirá que isso é uma democracia” (ARISTÓTELES, 1998. p.120).

Para Ronald Dworkin (2006, p. 161), a democracia “requer uma cultura de argumento político e respeito, não apenas uma maioria como regra”. O voto da maioria não é a única maneira de chegar a decisões justas. “Conservadores dizem que nosso sistema de revisão judicial é antidemocrático porque o poder de cinco juízes supera o de uma maioria do povo.” Porém, um presidente eleito pelo povo pode provocar mais danos que o judiciário ao longo de toda a sua história, para exemplificar ele cita o caso Bush. Outro exemplo citado por Dworkin (2006, p. 39) é a pena capital nos

EUA, prevista por maioria em vários estados, mas que ele particularmente considera moralmente errada.

O fato é que o Brasil e os Estados Unidos não podem ser considerados uma democracia puramente majoritária, na medida em que a própria Constituição limita, de diversas formas, o poder da maioria. Nos EUA, particularmente a *Bill of Rights* (Declaração de direitos e Garantias), destina-se a proteger os cidadãos ou grupo de cidadão contra certas decisões que a maioria pode querer tomar. No Brasil a Constituição Federal de 1988, trouxe em seu Título II, os Direitos e Garantias Fundamentais.

Outra forte crítica feita ao *judicial review* é a suposta politização do judiciário, seus defensores argumentam que o intérprete da lei estaria tomando decisões políticas e não jurídicas. Não há um consenso, no meio jurídico nem fora dele, sobre a fronteira tênue existente entre as esferas jurídica e política. Alexy de Tocqueville (2005, p. 123), séculos atrás, constatou uma realidade, que não é específica da cultura norte-americana, apesar de ter se referido à mesma: “É muito difícil existir, nos Estados Unidos, uma questão política que não se transforme, mais cedo ou mais tarde, em uma questão jurídica”.

Embora tênue a divisão entre política e direito, uma decisão judicial jamais poderá ser qualificada como política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena. O poder jurisdicional está limitado pelo princípio da fundamentação das decisões judiciais, mediante o emprego de uma argumentação racional e persuasiva, sob pena de nulidade. Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto.

3. A PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID - 19)

Uma das consequências da globalização sobre a saúde é a possibilidade da transnacionalização das doenças transmissíveis, particularmente as novas e as reemergentes. Com as facilidades das viagens internacionais e a difusão do comércio em escala planetária, uma série de microrganismos podem ser rapidamente transportados, através de

pessoas, animais, insetos e alimentos, de um país a outro e de um ponto a outro do globo.

Na data de 11 de março de 2020, a OMS declarou pandemia de covid-19, a informação foi confirmada pelo seu diretor-geral, Tedros Adhanom Ghebreyesus, em uma coletiva de imprensa. O primeiro caso do coronavírus (Covid-19) no mundo foi identificado em Wuhan, na província de Hubei, República Popular da China. Desde então a doença tem afetado vários países. De acordo com a Universidade Johns Hopkins, em atualização das 9h21 desta sexta-feira (3), o número de casos no mundo chegou a 1.039.166. São mais de 54,3 mil mortes e mais de 218,8 mil pessoas recuperadas da doença desde o início da pandemia.¹⁰¹

No Brasil, de acordo com o Ministério da Saúde a primeira morte por coronavírus foi registrada no dia **25 de março**. A paciente tratava-se de uma **mulher de 75 anos** e era moradora de Minas Gerais.¹⁰² Segundo o Ministério da Saúde, 85% das mortes causadas pela Covid-19 e analisadas até agora são de pessoas com mais de 60 anos ou pertencentes a grupos de risco. A pasta apontou também que, no caso da morte de pacientes com menos de 60 anos, a maioria das vítimas já apresentava uma doença pré-existente. A comorbidade mais comum entre as vítimas são os problemas no coração. O balanço dos casos de Covid-19 divulgados pelo Ministério da Saúde na sexta-feira dia 03 de abril de 2020 aponta 359 mortes e 9056 casos confirmados no Brasil.¹⁰³

A questão da saúde pública, ultrapassa as fronteiras do direito constitucional brasileiro, vai muito mais além, a partir do princípio

101 PAIVA, Deslange, Da descoberta de uma nova doença até a pandemia: a evolução da Covid-19 registrada nos tuites da OMS. G1. 03 de abril de 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/04/03/da-descoberta-de-uma-nova-doenca-ate-a-pandemia-a-evolucao-da-covid-19-registrada-nos-tuites-da-oms.ghtml>>. Acesso em: 05.04.2020.

102 INVESTIGAÇÃO aponta que 1ª morte por coronavírus no Brasil ocorreu em janeiro, diz ministério. G1. 02 de abril de 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/04/02/ministerio-da-saude-diz-que-primeiro-caso-de-coronavirus-no-brasil-foi-identificado-no-fim-de-janeiro.ghtml>>. Acesso em: 05.04.2020.

103 BRASIL tem 359 mortes e 9.056 casos confirmados de coronavírus, diz ministério. G1. 03 de abril de 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/04/03/brasil-tem-359-mortes-e-9056-casos-confirmados-de-coronavirus-diz-ministerio.ghtml>>. Acesso em: 05.04.2020.

que a saúde não diz respeito apenas a um indivíduo ou a um conjunto de indivíduos, e sim, a um grupo humano ou a toda a humanidade, fenômeno decorrente do processo de internacionalização da vida social.

Um dos pontos positivos da globalização *versus* a transnacionalização das doenças transmissíveis foi a criação de um organismo para tratar da questão sanitária global, a Organização Mundial da Saúde que deve auxiliar os Estados na preservação da saúde e ainda evitar surtos epidêmicos que passem a escala nacional ou global, foi no âmbito da OMS que se criou o Regulamento Sanitário Internacional.

Dentro dessa perspectiva de direito sanitário internacional, o Brasil tem se destacado negativamente no cenário mundial, principalmente através da figura do Presidente da República que tem se recusado reiteradamente a cumprir as recomendações da OMS para a prevenção e contenção da doença, especialmente no que diz respeito ao isolamento social, inclusive, incentivando publicamente esta postura, conforme veremos a seguir.

Na data de 24 de março de 2020, o presidente da República do Brasil, Jair Messias Bolsonaro, em pronunciamento, em cadeia obrigatória de rádio e TV, sobre a pandemia do coronavírus, em direção contrária ao que dizem as recomendações da Organização Mundial da Saúde e a todas as medidas de emergência adotadas em outros países, com a ênfase na economia, propõe afrouxar as restrições impostas pela pandemia no Brasil, nas palavras dele:

O vírus chegou, está sendo enfrentado por nós, e brevemente passará. A vida deve continuar, os empregos devem ser mantidos, assim como os sustentos das famílias. Devemos, sim, voltar à normalidade. Algumas poucas autoridades estaduais e municipais devem abandonar o conceito de terra arrasada, a proibição de transportes, o fechamento do comércio e o confinamento em massa.¹⁰⁴

104 BETIM, Felipe. Em cadeia de TV, Bolsonaro minimiza coronavírus para insuflar base radical. *El País*. São Paulo, 25 de março de 2020. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2020-03-25/em-cadeia-de-tv-bolsonaro-minimiza-coronavirus-para-insuflar-base-radical.html>>. Acesso em: 26.03.2020.

Por esse e por outros motivos, o fato é que, no Brasil, a implementação das chamadas medidas emergenciais de combate ao coronavírus tem sofrido diversas críticas. E o descontentamento da população com o desempenho dos representantes eleitos no enfrentamento dessa grave crise tem sido fortemente direcionado ao Poder Judiciário.

4. JUDICIALIZAÇÃO DA PANDEMIA NO STF

A judicialização das questões referentes à pandemia do coronavírus já é um fato no Brasil. Inúmeras decisões já foram tomadas pelo judiciário brasileiro nas mais diversas instâncias. Por questões puramente acadêmicas abordar-se-á neste artigo apenas os casos submetidos ao Supremo Tribunal Federal. Desde o início da pandemia no Brasil até o mês de março de 2020, dezenas de ações foram distribuídas perante o STF sobre o tema coronavírus. Separamos duas destas ações como exemplo de judicialização de políticas públicas: a) voos internacionais e fronteiras e b) medidas de enfrentamento à pandemia do novo coronavírus;

(i) Voos internacionais e fronteiras

No Mandado de Segurança (MS) 36997, o partido Podemos pede a concessão de liminar para sanar o que qualificou de “ato omissivo” do presidente da República, Jair Bolsonaro, em reduzir a propagação do coronavírus no Brasil. O partido considera urgente e necessária a suspensão do desembarque de passageiros provenientes de países europeus e asiáticos pelo período mínimo de 30 dias e o deslocamento de tropas das Forças Armadas para o controle terrestre nas fronteiras.

A legenda argumenta que o sistema público de saúde no Brasil já opera em limite máximo com o atendimento à população e não teria condições de comportar o tratamento de pessoas contaminadas provenientes do exterior. Em relação às fronteiras terrestres, argumenta que o envio de tropas militares, com colaboração da Polícia Federal e da Polícia Rodoviária Federal, é condição necessária para o controle da pandemia. O referido Mandado foi distribuído para a Relatora Ministra Carmen Lúcia na data de 16 de março de 2020 e aguarda julgamento.

(ii) Medidas de Enfrentamento à pandemia do novo coronavírus

A Ordem dos Advogados do Brasil, através da ADP (672), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, pede que a Presidência da República se abstenha de adotar medidas de enfrentamento à pandemia do novo coronavírus (COVID -19) que contrariem as orientações técnicas e sanitárias das autoridades nacionais (Ministério da Saúde) e internacionais (OMS). Requer ainda, que o Poder Executivo proceda à implementação imediata dos benefícios emergenciais para desempregados, trabalhadores autônomos e informais, bem como, proceda à imediata inclusão das famílias que se encontram na fila de espera do programa Bolsa –Família.

Segundo a OAB na contramão das maiores autoridades políticas do mundo, contrariando as recomendações da OMS e as principais referências científicas, sanitárias e epidemiológicas, o Presidente da República tem sistematicamente minimizado os efeitos da pandemia do novo coronavírus no Brasil e endossado um afrouxamento das medidas sanitárias de prevenção e de contenção. A referida ADP foi distribuída para o Relator Alexandre de Moraes que proferiu decisão em (01/04/2020) determinando que sejam solicitadas, com urgência, informações sobre o objeto da presente arguição, a serem prestadas pelo Presidente da República no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

Os exemplos trazidos acima se enquadram dentro do conceito de judicialização proposto no presente estudo, qual seja, ambas as ações envolvem questões de alta relevância política e social, e ainda, envolve a violação do direito fundamental à saúde. Destaca-se que no primeiro caso apresentado, o pedido envolve uma obrigação de implementação de uma determinada medida pelo Poder Público frente sua omissão. Enquanto o segundo caso envolve um pedido de abstenção do Poder Público de continuar tomando medidas contrárias à preservação da saúde da população.

5. DO DIREITO À SAUDE

A judicialização no Brasil não é um fenômeno novo, como vimos anteriormente, tem seu início ligado ao período de redemocratização

do Brasil, e desde então vem crescendo em larga escala, o que evidencia a baixa produtividade do Executivo e Legislativo frente aos anseios sociais. No que diz respeito a políticas de saúde pública, a história vem mostrando que o Poder Público busca transferir a responsabilidade das epidemias para a própria população e não promove políticas contínuas de prevenção à doença que continua a infectar um número alarmante de pessoas todos os anos. O Brasil possui uma experiência permanente no que concerne a algumas endemias, como nos casos de dengue.

A saúde foi reconhecida como um direito humano em 1946, a partir da Constituição da OMS, “como o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças e outros agravos”. A referida Carta também estabelece que “ Os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas”.¹⁰⁵

Essa responsabilidade pela saúde, fica ainda mais evidente frente à atual pandemia. O Estado tem o poder-dever de implementar medidas sanitárias e sociais adequadas, conforme ensina Hely Lopes Meirelles (2011, p. 107-8) “O *poder* tem para o agente público o significado de *dever* para a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo”. Em outras palavras, não basta que o direito social à saúde esteja elencado no artigo 6º da Constituição Federal sem que haja sua implementação. Nas palavras de Ana Beatriz Cavalcanti, a constituição é mais que um projeto inspirador ela precisar ser implementada.

No entanto, o povo precisa mais do que um projeto inspirador para acreditar em sua Constituição; eles precisam ser mostrados que tal projeto está sendo lentamente implementado, e que há espaço para crescimento e mudança no futuro.(CAVALCANTI, 2019,p.26)

105 OMS, Organização Mundial da Saúde. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)** – 1946. USP. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswwho.html> > Acesso em: 05.04.2020.

E diante da lacuna deixada pelo poderes Executivos e Legislativos na implementação de medidas de preservação da saúde e da vida frente à pandemia, o judiciário não pode se abster na proteção dos direitos fundamentais previstos na CF/88. O Poder Judiciário possui “o dever-agir como agente político por meio de decisões estruturantes que viabilizem as políticas públicas cujo escopo seja concretizar direitos fundamentais previstos na Constituição da República” (SOUZA, 2015, p.18). E ainda, nas palavras de Luiz Roberto Barroso (2008, p. 30-32), “o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. ”

Por fim, a competência para implementação de políticas públicas na área da saúde é concorrente, ou seja, cabe aos Municípios, Distrito Federal, Estados e União, conforme previsto no art. 26, inciso II da CF/88. Diante da competência acima estabelecida, a atuação do judiciário na implementação de políticas públicas é imprópria, mas não é inválida, conforme afirma Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 22):

Esta é uma atuação imprópria, posto que compete à Administração Pública e não aos magistrados, via de regra, a implementação de políticas públicas; todavia, não é um caminho constitucionalmente inválido desde que a judicialização se atenha ao seu papel excepcional de resolver omissão estatal frente a direitos fundamentais que precisam de efetivação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora, o direito à saúde tenha sido reconhecido como um direito humano pela OMS em 1946 e incorporado à Constituição como um direito social fundamental, a crise atual nos revela, que após 30 (trinta) anos da promulgação do texto constitucional, o direito à saúde ainda é um ideal a ser perseguido. O que reforça a tese de Dworkin, ou seja, nem sempre os resultados obtidos pelo voto da maioria serão justos, algumas vezes, presidente eleitos causarão mais danos à democracia que o Judiciário.

Conclui que a democracia não é um mero conceito abstrato e estático, não é um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem. E que, se por um lado a judicialização tem servido bem, fortalecendo a democracia no sentido amplo, ou seja, ampliando as vias de acesso do povo as questões sociais. Por outro, o excesso demandas que estão sendo trazidas ao judiciário revelam uma fragilidade democrática, um desequilíbrio entre Poderes pelo maior protagonismo do Judiciário.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **A política**. 2.ed. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998. p.120. (Clássicos da Filosofia).
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2008. Disponível em < https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/Artigo-Barroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 06 de março de 2020.
- BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAVALCANTI, Ana Beatriz Vanzoff Robalinho. **Brazil in comparative perspective: the legacy of the founding, and the future of constitutional development**. Revista de investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 6, n. 1, p. 11-33, jan./abr. 2019. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rinc/v6n1/2359-5639-rinc-06-01-0011.pdf>>. Acesso em: 26.03.2020.
- DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here? : principles for a new political debate**. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA, Luciana C. **Peso político das decisões judiciais estruturantes: o poder judiciário como agente para implementação de políticas públicas.** In: II Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política, 2015, Belo Horizonte. Disponível em: < <https://www.iniciavia.com/copia-fc2015-v02> >. Acesso em: 26.03.2020.

TOCQUEVILLE, Alexy de. ***A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu Estado social democrático.*** Trad. Eduardo Brandão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.123.

WOOD, Gordon S. **The origins of Judicial Review revisited, or How the Marshall Court made more out of less.** 56 Wash. & Lee L. Rev., n. 787, p.789, 1999. Disponível em < <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol56/iss3/3>. >. Acesso em 06 de março de 2020.

O PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO NA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

Gabriel Vinícius Carmona Gonçalves

Israel Albuquerque Gouveia

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

No cenário atual de combate à corrupção, a Lei 12.846, de 1 de agosto de 2013, (Lei Anticorrupção) estabelece a responsabilidade civil e administrativa de pessoas jurídicas pelos atos praticados contra a administração pública. Serão considerados no âmbito da lei como atos lesivos aqueles que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil¹⁰⁶.

106 Lei Anticorrupção brasileira: “Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I- prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II- comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III- comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV- no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir,

Anteriormente à Lei Anticorrupção a previsão legal se dava na esfera penal, através dos crimes contra a administração, contra a ordem econômica e contra a ordem pública, devidamente previstos no Código Penal e legislação conexas, e na esfera civil por meio da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, (Lei de Improbidade Administrativa) tipificando os atos praticados por agentes públicos e particulares definidos como ímprobos¹⁰⁷.

perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V- dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional”.

107 Lei de Improbidade Administrativa: “Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei; Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos; Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior; Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.”

Nesse sentido, para que haja a apuração da responsabilidade, a Lei Anticorrupção prevê a instauração de processo administrativo de responsabilização (PAR) e de processo judicial. Regido pela Constituição Federal e pela Lei Anticorrupção, o PAR foi devidamente regulamentado na esfera federal pelo Decreto 8.420/15, além da Instrução Normativa nº 13/2019 da Controladoria Geral da União (CGU) e Lei Federal 9.784/99.

No âmbito do PAR, poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos, ou quando evidenciada confusão patrimonial. Uma vez que ocorra a condenação da pessoa jurídica, serão aplicadas multa e publicação extraordinária da decisão, isoladas ou cumulativamente.

Em regra, o processo administrativo não é vinculado à eventual decisão proferida nas esferas cível e penal, pois a lei visa garantir total independência da autoridade competente para apurar e sancionar os atos que infrinjam suas normas bem como os princípios da administração.

2. O PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO NA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA.

A Lei Anticorrupção Brasileira dedicou todo um capítulo para regulamentar o PAR, cuja instauração e julgamento compete à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ou a quem for incumbido dessa função por meio de delegação¹⁰⁸.

Além disso, no âmbito federal, o processo administrativo de responsabilização também pode ser instaurado, de forma concorrente, pela Controladoria-Geral da União (CGU), que é o órgão central dos sistemas de controle interno, correição e ouvidoria do Poder Execu-

108 Lei Anticorrupção Brasileira: “Art. 8º (...) § 1º A competência para a instauração e o julgamento do processo administrativo de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica poderá ser delegada, vedada a subdelegação”.

tivo federal¹⁰⁹, e tem, ainda, a competência para avocar os processos conduzidos por outros órgãos e entidades federais, para examinar a sua regularidade ou para corrigir vícios no seu procedimento¹¹⁰.

A CGU tem, ainda, competência exclusiva para processar e julgar as violações previstas na Lei Anticorrupção Brasileira, quando praticados contra a administração pública estrangeira, observado o disposto no Artigo 4 da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000¹¹¹.

Como todo processo administrativo, o de responsabilização deve ser instaurado de ofício ou mediante provocação, cabendo à autoridade que tiver conhecimento da prática de qualquer conduta que possa ser enquadrada no artigo 5º da Lei Anticorrupção Brasileira, decidir pela abertura de investigação preliminar, pela instauração imediata do processo administrativo de responsabilização ou pelo arquivamento da matéria.

Caso decida pela instauração de investigação preliminar, deverá nomear comissão de, no mínimo, dois servidores efetivos (ou empre-

109 Conforme o artigo 1º do Anexo ao Decreto n.º 9.681/19.

110 Segundo o §1º do art. 13 do Decreto n.º 8.420/15, a CGU poderá avocar os processos administrativos de responsabilização conduzidos por outros órgãos ou entidades da Administração Pública Federal quando verificar: (i) a caracterização de omissão da autoridade originariamente competente; (ii) a inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou entidade de origem; (iii) a complexidade, repercussão e relevância da matéria; (iv) o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade atingida; ou (v) que a apuração envolva atos e fatos relacionados a mais de um órgão ou entidade da administração pública federal.

111 “Artigo 4 Jurisdição 1. Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de sua jurisdição em relação à corrupção de um funcionário público estrangeiro, quando o delito é cometido integral ou parcialmente em seu território. 2. A Parte que tiver jurisdição para processar seus nacionais por delitos cometidos no exterior deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de sua jurisdição para fazê-lo em relação à corrupção de um funcionário público estrangeiro, segundo os mesmos princípios. 3. Quando mais de uma Parte tem jurisdição sobre um alegado delito descrito na presente Convenção, as Partes envolvidas deverão, por solicitação de uma delas, deliberar sobre a determinação da jurisdição mais apropriada para a instauração de processo. 4. Cada Parte deverá verificar se a atual fundamentação de sua jurisdição é efetiva em relação ao combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros, caso contrário, deverá tomar medidas corretivas a respeito”.

gados públicos, a depender do regime jurídico aplicável), que conduzirá esse procedimento prévio de forma sigilosa, apurando a existência (ou não) dos indícios de autoria e materialidade da lesividade da conduta investigada, em até sessenta dias, prorrogáveis por igual período, caso seja necessário.

No ato de instauração do processo administrativo de responsabilização, a autoridade instauradora designará nova comissão, composta por dois ou mais servidores estáveis, para conduzir o processamento da matéria posta à sua apreciação¹¹² (artigo 10 da Lei Anticorrupção Brasileira) – delimitada pelo próprio ato de instauração.

A essa comissão são conferidos amplos poderes de investigação, inclusive os de requerer medidas judiciais (como a busca e apreensão de documentos), de solicitar a atuação de especialistas de outros órgãos ou entidades da Administração Pública e de propor que a autoridade instauradora, em sede cautelar, suspenda os efeitos do ato ou processo objeto da investigação (artigo 9º, §2º, do Decreto n.º 8.420/15).

Como a própria Lei Anticorrupção Brasileira confere o prazo de cento e oitenta dias (prorrogáveis por igual período) para a conclusão dos trabalhos, qualquer medida cautelar deferida em desfavor da empresa investigada deverá vigorar apenas dentro do prazo legal, sob pena de transferir para o administrado, em frontal oposição ao princípio da presunção de inocência, o ônus do tempo no processo.

Logo após a instauração do processo, a comissão processante deverá intimar a pessoa jurídica interessada para, se quiser, apresentar defesa, no prazo de trinta dias (artigo 11 da Lei Anticorrupção Brasileira).

A intimação para a apresentação de defesa pode se dar por meio eletrônico, via postal, ou por qualquer outro meio que assegure a certeza de ciência da pessoa jurídica acusada, inclusive por meio de edital publicado na imprensa oficial, em jornal de grande circulação no Estado da federação em que a pessoa jurídica tenha sede e no sítio eletrônico do órgão ou entidade pública (artigo 7º do Decreto n.º 8.420/15).

112 Conforme dispõe o artigo 6º do Decreto n.º 8.420/15, “a comissão a que se refere o art. 5º exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo, sempre que necessário à elucidação do fato e à preservação da imagem dos envolvidos, ou quando exigido pelo interesse da administração pública, garantido o direito à ampla defesa e ao contraditório”.

Na sua defesa administrativa, a pessoa jurídica deverá especificar as provas que pretende produzir, que, segundo o artigo 5º, §3º, do Decreto n.º 8.420/15, somente poderão ser recusadas caso “*sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias, protelatórias ou intempestivas*”.

Cabe aqui uma consideração adicional: caso a prova, ainda que seja ilícita, favoreça ao acusado, é dever da comissão processante considerá-la na sua análise, uma vez que a Administração Pública não só deve agir de ofício na apuração dos fatos trazidos ao seu conhecimento, mas também deve possibilitar o exercício da legítima defesa do particular investigado, em linha com o que já decidiu o Supremo Tribunal Federal em questões processuais similares¹¹³, e com o que sustenta a doutrina processual penal¹¹⁴.

Além disso, vale destacar a possibilidade de utilização de provas emprestadas – de outros processos administrativos, inquéritos civis ou criminais e ações judiciais, desde que garantido o direito à realização de contraprova pelo administrado, com o efetivo exercício do devido processo legal¹¹⁵.

113 “Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal HC 74.678, DJ de 15-8-97 e HC 75.261, sessão de 24-6-97, ambos da Primeira Turma.” (RE 212.081, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 5-12-97, DJ de 27-3-98).

114 Como destaca Rosane Cima Campiotto, citando Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes: “A teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa a corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado *Verhältnismässigkeitsprinzip*, ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes.” (Campiotto, 2004, apud Grinover, Fernandes, Gomes Filho, p. 136).

115 Nesse sentido, veja-se a Súmula n.º 591 do Superior Tribunal de Justiça: “Súmula 591 - É permitida a prova emprestada no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa”. (Súmula 591, Primeira Seção, julgado em 13/09/2017, DJe 18/09/2017).

Após a apresentação de defesa, abrem-se dois caminhos distintos: caso o processo demande instrução complementar, a comissão processante procederá à tomada dos elementos que se façam necessários, abrindo, em seguida, prazo para a apresentação de alegações finais pela pessoa jurídica investigada (conforme garantido pelo artigo 5º, §2º, do Decreto n.º 8.420/15).

Caso, contudo, não seja necessária a produção de provas adicionais, a comissão processante elaborará o seu relatório, no qual discorrerá sobre os fatos apurados e sobre as conclusões alcançadas, bem como sugerirá, se for o caso, as sanções que entende aplicáveis (ou, então, proporá o arquivamento do feito).

Nesse relatório, caso se verifique que o administrado alegou, como um dos argumentos de defesa, a existência e funcionamento de programa de integridade¹¹⁶, a comissão deve avaliá-lo segundo os parâmetros definidos no Decreto n.º 8.420/15 e no “Manual Prático de Avaliação de Programa de Integridade em PAR”, editado pela CGU como referencial para a avaliação da existência e efetividade desse programa no caso concreto.

Cabe aqui tecer a ressalva de que a Lei Anticorrupção estabelece, inclusive, como um dos requisitos para a celebração de acordos de leniência a instituição de programas de integridade. A pessoa jurídica poderá manifestar seu interesse no acordo durante a instauração do PAR até o seu encerramento, sendo estes de competência exclusiva da CGU, estendida ao Tribunal de Contas da União (TCU)¹¹⁷.

Segundo o artigo 42 do Decreto n.º 8.420/15, para que seja feita a avaliação correta de um programa de integridade, além de se atentar para questões como o porte da empresa e do seu grupo econômico,

116 Conforme define a própria CGU (2015, p. 06), o “programa de Integridade é um programa de compliance específico para prevenção, detecção e remediação dos atos lesivos previstos na Lei nº 12.846/2013, que tem como foco, além da ocorrência de suborno, também fraudes nos processos de licitações e execução de contratos com o setor público”.

117 O TCU, em plenário, aprovou a Instrução Normativa nº 74, de 2015, que “Dispõe sobre a fiscalização do Tribunal de Contas da União, com base no art. 3º da Lei n.º 8.443/92, quanto à organização do processo de celebração de acordo de leniência pela administração pública federal, nos termos da Lei 12.846/13”.

o setor de atuação, a existência ou não de atuação transnacional e o grau de interação com o setor público (dentre outras que delas possam decorrer), o agente público responsável deve considerar dezesseis parâmetros objetivos, listados em cada um dos seus incisos:

I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;

II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;

III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;

V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;

VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;

VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;

IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;

X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé;

XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;

XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;

XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;

XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e

XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos¹¹⁸.

Por mais que a norma tenha tentado fixar parâmetros objetivos para a avaliação do programa de integridade, a própria Controladoria-Geral da União reconhece a dificuldade de se proceder, em cada caso concreto, a uma valoração correta do programa de integridade alegado pelo administrado:

É importante destacar que a avaliação de Programa de Integridade é uma atividade complexa, que demanda tempo e envolve diversas áreas do conhecimento. Além disso, ela depende da verificação da adequação do Programa de Integridade à realidade de cada pessoa jurídica. Assim, um programa que pode funcionar para prevenir a ocorrência de atos de corrupção na pessoa jurídica “x”, pode não servir para pessoa jurídica “y”,

118 Além das previsões transcritas acima, a comissão processante deve observar os demais parâmetros listados na Portaria CGU n.º 909, de 07 de abril de 2015, que apresenta o modelo operacional de avaliação do programa de integridade.

pois ambas têm necessidades diferentes, a depender das especificidades que possuem.

Também contribuem para a complexidade da avaliação a falta de concretude dos parâmetros estabelecidos pelo Decreto n. 8.420/2015 e a ausência de critérios claros de como definir o percentual de redução da multa a que fará jus a pessoa jurídica que apresentou o Programa de Integridade em sua defesa.

Essas características podem vir a ser interpretadas como causas de insegurança jurídica no PAR, sobretudo pelo fato de o resultado da avaliação do Programa de Integridade ser capaz de gerar um impacto financeiro relevante, tanto para a pessoa jurídica processada, que poderá ter o valor da multa reduzido, quanto para a Administração Pública, que poderá perder arrecadação com o benefício de redução de multa concedido à pessoa jurídica (CGU, 2018, p. 22 – 23).

Ainda, caso a comissão processante recomende à autoridade julgadora a aplicação de multa, deve já indicar o valor sugerido¹¹⁹, tomando

119 Nesse sentido, no “Manual Prático de Cálculo de Multa na Responsabilização Administrativa de Entes Privados”, a CGU (2019, p. 03 - 04) assim recomenda aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal: “(...) recomenda-se que o relatório final da comissão de PAR tenha um capítulo exclusivo para registrar a análise que subsidiou o cálculo da multa. Nesse capítulo, a comissão deverá: (1) evidenciar as diligências que realizou para identificar o faturamento bruto (base de cálculo da multa) do ente privado processado; (2) indicar, de forma motivada, se eventualmente precisou utilizar uma das hipóteses previstas no art. 22 do Decreto nº 8.420/2015 para a definição da base de cálculo da multa; (3) evidenciar a análise de cada um dos 11 (onze) parâmetros previstos nos artigos 17 e 18 do Decreto nº 8.420/2015, especificando as provas utilizadas para essa análise; (4) descrever como foi realizado o cálculo da vantagem pretendida ou auferida, e demonstrar que foi realizada a checagem dos limites mínimo e máximo da multa; e (5) demonstrar a ocorrência de eventual ajuste de valor, em decorrência da análise dos limites mínimo e máximo. Em suma, indicar, sempre de maneira motivada, os elementos descritos acima, servirá para: a) Justificar o valor proposto para a multa, enfatizando o dever de motivação, por parte da autoridade julgadora, caso pretenda aplicar uma multa diversa (motivação da discordância em si e/ou apontamento de algum erro na metodologia utilizada pela comissão para propor a multa); b) Aumentar a transparência nos atos da Administração Pública, permitindo o exercício do contraditório e da ampla defesa por parte da empresa processada, que poderá tomar conhecimento dos parâmetros utilizados e sua valoração,

como referência os parâmetros previstos nos artigos 17 – 23 do Decreto n.º 8.420/15.

Após o relatório da comissão, deve haver manifestação do órgão de assistência jurídica vinculado à autoridade julgadora, a quem, em seguida, competirá a prolação de decisão sobre os fatos apurados.

Nessa decisão, a pessoa jurídica pode ser: (i) absolvida, quando configurada alguma das hipóteses previstas no artigo 386 do Código de Processo Penal (que, à míngua de previsão específica na legislação anticorrupção, deve ser aplicado por analogia); ou (ii) condenada, quando comprovada a autoria e a materialidade da infração.

Quando proferida decisão condenatória, a autoridade julgadora aplicará as sanções de multa e de publicação extraordinária da decisão condenatória, previstas no artigo 6º da Lei Anticorrupção Brasileira.

A sanção de multa, já mencionada acima, deve ser fixada “*no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação*”, ou, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, no valor “*de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais)*” (artigo 6º, §4º, da Lei Anticorrupção Brasileira).

Na dosimetria dessa sanção, o agente público responsável deve levar em consideração os critérios estabelecidos no artigo 7º da Lei Anticorrupção Brasileira (quais sejam: (i) gravidade da infração; (ii) vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; (iii) consumação ou não da infração; (iv) grau de lesão ou perigo de lesão; (v) efeito negativo produzido pela infração; (vi) a situação econômica do infrator; (vii) a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; (viii) a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; e (ix) o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados), observando, ainda, as disposições dos artigos 17 – 23 do Decreto n.º 8.420/15, da Instrução Normativa CGU n.º 13, de 08 de agosto de 2019,

apontando eventuais erros de análise ou de metodologia, se for o caso”.

da Instrução Normativa CGU n.º 1, de 7 de abril de 2015, e da Instrução Normativa CGU/AGU n.º 2, de 16 de maio de 2018.

Além disso, quando verificar a ocorrência de eventuais ilícitos a serem apurados em outras instâncias, a autoridade julgadora deve encaminhar cópias do processo administrativo ao Ministério Público, ao órgão de representação judicial a ela vinculado¹²⁰, para que esses órgãos tomem eventuais providências nas suas esferas de competência.

A publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora, por sua vez, é sanção que decorre diretamente como efeito da condenação, e deve ser feita, de forma cumulativa, em meio de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, em edital afixado no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, em localidade que permita a visibilidade pelo público, pelo prazo mínimo de trinta dias; e no sítio eletrônico da pessoa jurídica apenada, pelo prazo de trinta dias e em destaque na página principal do referido sítio, nos termos do artigo 24 do Decreto n.º 8.420/15.

Vale lembrar, ainda, que a aplicação dessas sanções na esfera administrativa não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial, com todas as sanções previstas pela Lei Anticorrupção Brasileira nessa via, e tampouco interfere nas pretensões reparatórias da Administração Pública em desfavor do particular.

Em face dessa decisão, o administrado pode interpor pedido de reconsideração com efeito suspensivo, no prazo de dez dias, contado da data de publicação da decisão, e que deve ser decidido pela autoridade julgadora em até trinta dias, quando, então, a decisão passa a ser definitiva na esfera administrativa (artigo 11 do Decreto n.º 8.420/15).

Com a definitividade na esfera administrativa, seja pelo transcurso *in albis* do prazo para a interposição do pedido de reconsideração, ou mesmo por sua rejeição pela autoridade julgadora, o administrado tem

120 A quem compete, também, “a cobrança da multa administrativa aplicada no PAR, a promoção da publicação extraordinária, a persecução das sanções referidas nos incisos I a IV do caput do art. 19 da Lei nº 12.846, de 2013, a reparação integral dos danos e prejuízos, além de eventual atuação judicial para a finalidade de instrução ou garantia do processo judicial ou preservação do acordo de leniência” (artigo 26 do Decreto n.º 8.420/15).

trinta dias para o cumprimento da decisão administrativa, sob pena de execução na via judicial.

3. ONDE ESTAMOS? A APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE APÓS SEIS ANOS DE VIGÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA.

Segundo dados do Portal da Transparência do Governo Federal, em abril de 2020, há cento e noventa e sete sanções vigentes no Cadastro Nacional de Empresas Punidas, criado a partir da Lei Anticorrupção Brasileira¹²¹, para funcionar como um banco de dados centralizado sobre as penalidades aplicadas com fundamento nessa legislação.

Essas sanções, que se encontram vigentes no momento, voltam-se contra cento e quarenta pessoas (físicas ou jurídicas) distintas, e foram aplicadas ao longo dos últimos anos.

Desde 2014, contudo, foram aplicadas mais de trezentas sanções com fundamento na Lei Anticorrupção, todas inseridas pelos órgãos aplicadores no Cadastro Nacional de Empresas Punidas e sintetizadas na tabela abaixo:

Sanções aplicadas – Cadastro Nacional de Empresas Punidas	
Ano	Quantidade
2014	1
2015	1
2016	32
2017	19
2018	103
2019	145
2020 (até abril)	20
Total	321

Tabela 01 – Sanções aplicadas com fundamento na Lei Anticorrupção

121 Lei Anticorrupção Brasileira: “Art. 22. Fica criado no âmbito do Poder Executivo federal o Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP, que reunirá e dará publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo com base nesta Lei”.

Conforme os dados disponibilizados no Painel “Correição em Dados”, só a Controladoria-Geral da União instaurou, nos últimos anos, quinhentos e setenta e quatro processos administrativos de responsabilização (inclusive em casos rumorosos, como aos derivados da “Operação Lava Jato”¹²²), dos quais duzentos e trinta e nove já foram concluídos.

Assim, em que pese a falta de dados sobre os concretos disponíveis para acesso público, as estatísticas divulgadas pela CGU indicam um alto número de processos instaurados, com uma relevante incidência de penalizações.

Esse ponto, de fato, merece uma consideração complementar: a CGU publica, no Diário Oficial da União, as decisões com os resultados dos julgamentos dos processos administrativos de responsabilização, mas não divulga as decisões, sendo sintomático que o órgão que também é o “guardião” da Lei de Acesso à Informação não disponibilize, de forma ativa, ao menos os trechos não sigilosos das decisões por ele proferidas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do panorama geral exposto acima, constata-se a real importância que a legislação anticorrupção conferiu à apuração do cometimento de atos ilícitos de responsabilidades das pessoas jurídicas desde a vigência da Lei, permitindo com empresas sejam condenadas na esfera administrativa, sem que haja prejuízo no reconhecimento dos mesmos atos praticados em esfera penal e cível. Observa-se a severidade com que o sistema jurídico brasileiro tem encarado o combate de atos corruptos e práticas que causem danos ao Estado e à sociedade em larga escala.

Ainda, atenção especial deve ser dada à implementação de programas de integridade pelas empresas pois, além de garantirem a redução de sanções aplicadas no âmbito do PAR, são pré-requisito demonstram os esforços da pessoa jurídica para manter a probidade

122 “CGU abre processos de responsabilização contra oito empreiteiras envolvidas na Lava Jato”. Disponível em <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2014/12/cgu-abre-processos-de-responsabilizacao-contr-oito-empreiteiras-envolvidas-na-lava-jato>>. Acesso em 02 abr. 2020.

da organização. Dessa forma, a empresa deve garantir a efetividade do programa fornecendo as condições mínimas suficientes para prevenir, detectar e remediar atos lesivos praticados por funcionários e terceiros contratados.

4. REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>.

BRASIL. Decreto Nº 8.420, de 18 de março de 2015. Dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>.

BRASIL. Lei Nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>.

BRASIL. LEI Nº 12.846, de 01 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm>.

CAMPIOTTO, Rosane Cima. A excepcionalidade da prova ilícita no Processo Penal Brasileiro (Dissertação de Mestrado). São Paulo, 2014.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Programa de Integridade – Diretrizes para empresas privadas. Brasília, 2015. Disponível em < <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>>. Acesso em 02 abr. 2020.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Manual Prático de Avaliação de Programa de Integridade em PAR. Brasília, 2018. Disponível em <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual-pratico-integridade-par.pdf>>. Acesso em 02 abr. 2020.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Manual Prático de Cálculo de Multa na Responsabilização Administrativa de Entes Privados. Brasília, 2019. Disponível em <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/responsabilizacao-de-empresas/manual-pratico-de-calculo-da-multa.pdf>>. Acesso em 02 abr. 2020.

O DIREITO AO DESCANSO EM SITUAÇÃO DE PANDEMIA E O TRABALHO À DISTÂNCIA

Laís Gonçalves Fernandes Alves

Minha gratidão a Deus, aos familiares, às professoras e aos professores, em especial ao professor Aldo Evangelista, grande incentivador do presente trabalho e às/aos colegas pelo apoio e inspiração e todos e todas colaboradoras desse congresso.

Introdução

Em uma sociedade cada vez mais conectada surgem novos desafios ao Direito Digital e Direito do Trabalho. Os aplicativos de mensagem facilitaram a comunicação, auxiliam nas interações sociais, e também em estabelecer negócios jurídicos – por exemplo, compra e venda de produtos – e se tornou atrativo tanto para atender ao público quanto para realizar comunicações internas e externas das empresas e *stakeholders*; pessoas, áreas, organizações, entidades ou todos interessados direta ou indiretamente no projeto ou negócio (CAMARGO, 2019). As facilidades de uma comunicação instantânea, que auxiliou na superação das dificuldades relacionadas à distância física gerou novas possibilidades de interação e continuidade de serviços.

As empresas, órgãos públicos e toda a sociedade civil se encontram em “quarentena”, um período de isolamento social devido à pandemia do COVID-19 reconhecida em 11 de março de 2020 pela Organiza-

ção Mundial da Saúde; com exceção dos serviços essenciais, tais como das áreas da saúde, segurança pública, alimentação e abastecimento geral. O Ministério da Saúde declarou Emergência na Saúde Pública de importância Nacional em decorrência do Coronavírus na Portaria N.º 188 de 03 de fevereiro de 2020; e regulamentou medidas para enfrentamento na Portaria N.º 356 de 11 de março de 2020. Nesse contexto, no dia 16 de março a Reitoria da Universidade do Estado do Amazonas (UEA), reunida com as autoridades governamentais, decidiu suspender aulas, outras atividades acadêmicas, eventos e etc. a partir do dia 17 de março de 2020; em seguida o Governo do Estado do Amazonas determinou *Home Office* no Decreto 42.101 de 23 de março de 2020 para a Administração Pública Direta e Indireta; excetuados os serviços essenciais; entre outras medidas. A tecnologia e meio digitais possibilitaram a prestação de serviços, a compra e venda de produtos, alimentos, etc., a continuidade de ao menos parte dos trabalhos, e facilitaram o cumprimento das medidas de isolamento social através dos aplicativos e serviços de entrega, *delivery*, nessa situação emergencial da pandemia do Coronavírus.

Mas como conciliar o uso desses aplicativos, dispositivos eletrônicos e tecnologias digitais com os direitos tão arduamente adquiridos pelos trabalhadores? A proposta é a reflexão sobre o tema a partir da compreensão do contexto e perspectiva do Direito Digital, das novas tecnologias e integração do digital ao analógico; de um breve histórico das lutas trabalhistas e da legislação correlata; da problemática relativa aos aplicativos de mensagem para o trabalho, tanto à integridade de trabalhadores e trabalhadoras quanto aos empregadores; da relação entre a Constituição de 1988, o Marco Civil e o Direito à Desconexão; para propor uma solução para o bem comum: dos trabalhadores e trabalhadoras, empregadores e empregadoras, do sistema judiciário e da paz social.

1. Contexto e Perspectiva do Direito Digital

As novas tecnologias de comunicação digital e a internet têm modificado a forma das pessoas se relacionarem. As informações são transmitidas de forma praticamente instantâneas, reduzindo as frontei-

ras relativas ao tempo e ao espaço (OLIVEIRA NETO, 2015 p. 13). O movimento de modernização, a aderência a essas facilidades propiciadas por essas tecnologias e o mundo digital é uma tendência em todas as áreas da atividade humana. Processos eletrônicos, advogados correspondentes, solicitação de serviços, compras e pedidos de entregas de produtos, as condutas humanas se mantêm, mas mudam o seu meio: do analógico para o digital em Cibridismo, onde distinguir em qual meio se está é uma tarefa complicada, se não mesmo indefinível em nossa sociedade.

Nesse contexto, a dinamicidade das relações humanas aumenta, a redução de obstáculos como tempo e espaço traz novos desafios ao Direito, responsável por regular as condutas humanas para permitir uma convivência ordenada em sociedade, e mais especificamente ao Direito Digital – relativo àquilo que é expresso em números discretos, linguagem abstrata como a binária (0 e 1), uma nova perspectiva do Direito, envolvendo todo o ambiente Digital, orientado pelo ordenamento e normas jurídicas correntes, repito: as condutas se mantêm, a forma de executá-las é que se altera e muda conforme as novas tecnologias do mundo digital.

Há uma questão referente a séculos de lutas, suscitada por essa alteração nas relações humanas pelo Cibridismo: nessa relação entre o digital e o mundo do trabalho, como modernizar o atendimento ao público e ainda respeitar os direitos trabalhistas, conquistados por tantas lutas ao longo dos séculos? Sem dúvida os aplicativos de mensagens instantâneas oferecem comodidade ao cliente e às empresas, mas como estabelecer esse uso de forma ordenada e que respeite a todos? É preciso compreender, entre tantos benefícios, qual seria o problema da adoção dessa tecnologia? Entre as possibilidades é possível citar dois pontos.

Primeiro: o trabalhador em regime de teletrabalho não tem obrigação de fornecer os meios necessários ao trabalho para a empresa, é injusto retirar do seu salário os recursos para a compra de um *smartphone* adequado e o pagamento de um plano de internet para atender aos interesses da empresa e atender através de aplicativos de mensagem por exemplo (ALVES ET AL, 2017, p. 6). Segundo: o tempo que o trabalhador fica disponível ou atende fora do expediente geram danos ao trabalhador, principalmente os de contratos tradicionais mais vin-

culados ao mundo analógico porque têm seus direitos sociais (art. 6º Constituição Federal de 1988) mitigados – o direito ao descanso, ao lazer, à família e à saúde, e por consequência sua dignidade (art. 1º, III, CF/88) (ALMEIDA e COLNAGO, 2016, p.7)– devido à precária separação do ambiente e horário de trabalho e o de descanso; por outro lado a empresa também é prejudicada, pois quando o trabalhador fica disponível ou trabalha fora do expediente há custos adicionais como horas extras, aspectos destacados por Célio de Oliveira Neto (2015, p. 8 e 14). Aspectos que se evidenciaram em uma situação de epidemia, na qual os governos têm disponível apenas o isolamento social para reduzir a curva de contágio e foram forçados a recorrer às modalidades de teletrabalho.

Esses fatores são problemáticos à medida que tem potencial para gerar conflitos sociais entre o trabalhador e empregadores, lides (conflitos) trabalhistas – que abarrotariam ainda mais um sistema judiciário já sobrecarregado; danos existenciais ao trabalhador (OLIVEIRA NETO, 2015, p.8): a redução do tempo de descanso e lazer prejudica o convívio familiar, as saídas para jantares, viagens, isso compromete também a circulação de riquezas e o crescimento econômico do país, visto que um tempo anteriormente disponível para o desenvolvimento de outras atividades poderia ser usado indevidamente para cumprir uma carga de trabalho excessiva. A depender de cada caso, essa redução aumenta os níveis de estresse e deixa o trabalhador mais suscetível a doenças físicas e mentais – desde gripes até a depressão – pelo enfraquecimento do sistema imunológico e uma ameaça a própria vida. Cabe ao Estado garantir esses direitos estabelecidos na Constituição (OLIVEIRA NETO, 2015, p. 4), outrossim é necessário que concilie os interesses da população, do indivíduo e das empresas em busca da Justiça social e de um equilíbrio que possibilite o desenvolvimento da sociedade de acordo com os parâmetros estabelecidos em lei para garantir o bem comum, o bem-estar de todos.

É necessário conciliar as possibilidades do mundo digital com as necessidades humanas, conforme Patrícia Peck:

Se a Internet é um meio, como o rádio, a televisão, o fax, o telefone, então não há que falar em Direito de Internet, mas

sim em um único Direito Digital, cujo grande desafio é estar preparado para o desconhecido, seja aplicando antigas ou novas normas, mas com capacidade de interpretar a realidade social e adequar a solução ao caso concreto na mesma velocidade das mudanças da sociedade (PINHEIRO, 2016, p.71).

Por isso é imprescindível compreender o Direito Digital como uma nova perspectiva para o Direito, muda o ambiente, mas a essência – a conduta humana – é a mesma, apenas usando uma ferramenta e meios distintos.

2. Breve histórico: lutas trabalhistas e a legislação

Após a Revolução Industrial, o cartismo e ludismo, entre outras lutas dos trabalhadores – como um dos fatos que marcaram o Dia Internacional da Mulher: 08 de março (BBC News, 2019), no qual centenas de trabalhadoras foram queimadas vivas em uma fábrica por reivindicar melhorias nas condições de trabalho, análoga a uma caça às bruxas da Idade Média em plena modernidade após o Século das Luzes – foi conquistada a legislação trabalhista, seu respectivo ramo do direito e a Justiça do trabalho.

As reivindicações se originaram em um contexto de dominação desumana: turnos de trabalho de 16h, em condições insalubres, salários insuficientes para prover às famílias o mínimo necessário – alimentação, moradia, saúde, educação (atualmente direitos sociais previstos no art. 6 da CF/88) – mitigando a dignidade dessas pessoas – fundamento da nossa República no inciso III do art.1º de sua Carta Magna, bem como princípio dos Direitos Humanos previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Isso também gerava sérios danos à saúde do trabalhador com muitos casos de LER (Lesão por Esforço Repetitivo); representados no filme Tempos Modernos de Charles Chaplin; além de reduzir a expectativa de vida da população.

O baixo valor dos salários, a ausência de regulamentação, de fiscalização adequada e proteção ao trabalhador geravam inúmeros malefícios sociais, trabalhavam famílias inteiras em fábricas para terem alguma chance de sobrevivência. Mulheres e crianças, discriminadas, enfrentavam condições ainda piores, salários inferiores e

turnos prolongados para que produzissem mais nas fábricas. Até o ponto que isso se tornou insustentável e a classe trabalhadora reivindicou seus direitos – considerados em perspectiva jusnaturalista, ou seja, inerente à condição humana pela Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH. Foram conquistados direitos relativos ao valor do salário, a redução da jornada de trabalho, direito às férias – essenciais à saúde, ao convívio familiar e social bem como à sociedade – direito ao lazer e ao descanso.

Pois bem, no ambiente analógico basta encerrar o horário do expediente, o trabalhador e a trabalhadora saem de seu local de trabalho e poderiam aproveitar o tempo fora para descansar, passear com amigos e família, almoçar em um restaurante com seus entes queridos (e fazer compras e movimentar a economia produzindo riqueza para o seu país através da circulação de capital no mercado). As tecnologias digitais facilitaram o abuso de direito de empregadores, podendo prejudicar esse lazer e descanso com maior facilidade e comprometer a saúde dos trabalhadores (ALVES ET AL, 2017, p. 8). O ambiente digital mudou nossa vida e a separação entre os espaços e a divisão de afazeres no tempo também, tornou-se extremamente tênue.

3. Problemática relativa aos aplicativos de mensagem para o Trabalho

Em uma situação hipotética se um chefe pede um arquivo de um trabalho para seu trabalhador durante o horário do almoço. No ambiente físico precisaria sair de sua sala, procurar seu empregado no refeitório da empresa, em um restaurante próximo ou na casa dessa pessoa e estaria violando o direito ao horário de almoço e ao descanso dela. Seria absurdo e improdutivo – consumiria mais tempo, principalmente no trânsito das capitais, invasivo também da privacidade da referida pessoa. Mais simples seria respeitar o direito da pessoa, aguardar que retornasse no horário de expediente e então fizesse seu pedido. No ambiente digital a situação é a mesma, mas o meio facilita o desrespeito ao outro (ALVES ET AL, 2017, p. 3). Os aplicativos de mensagem são como salas de bate papo e escritórios, só que em um ambiente digital.

Não importa a facilidade com que o pedido pode ser feito ou atendido, é preciso respeitar os limites pela saúde e bem-estar, além do direito que existe também para ordenar esse convívio, por isso a tutela jurídica das horas extraordinárias e do dano moral para inibir comportamentos abusivos e assegurar o repouso intra, entre jornadas e proteger a saúde do trabalhador (MAFFRA, 2015, p. 509 e 516). Em um aplicativo de mensagens pode ser feito o pedido a qualquer momento e a pessoa poderia enviar o arquivo solicitado. Mas se o pedido é feito no horário do almoço e a pessoa “tem que atender”, sem que isso faça parte do contrato – situação superveniente – é tão abusivo quanto o primeiro cenário, seria análogo a invadir a mesa de almoço da família e exigir que a pessoa saísse de seu descanso e convívio para trabalhar, essa não era a característica de comportamento no tempo da escravidão? O ordenamento jurídico modificou-se para oferecer o equilíbrio e a justiça social.

Logo, *e-mails* e aplicativos de mensagens permitem estar no ambiente de trabalho sem a necessidade da presença física no mesmo. Ao considerar o Direito Digital como uma perspectiva, temos a interpretação do caso com o seguinte tratamento jurídico: se o trabalhador executar serviços além do horário de expediente há necessidade do pagamento de horas extras; se no período de descanso deve ser pago o sobreaviso; ou a empresa não pagaria nada pelo serviço (PINHEIRO, 2016, p. 253 e 254) – conforme a legislação pátria pode-se aplicar a razoabilidade, proporcionalidade e interpretação sistemática.

4. A Constituição de 1988, o Marco Civil e o Direito à Desconexão

A utilização da interpretação sistemática à luz da Constituição baseia-se no Marco Civil da Internet, Lei 12.965 de 2018: “Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil”. Entre eles a liberdade de expressão, a privacidade e os direitos humanos; princípios previstos na Constituição Federal de 1988 e que reforçam uma interpretação constitucional da legislação; afinal as normas, as leis possuem uma finalidade que é orientada pelos princípios

constitucionais, os fundamentos sobre os quais a sociedade afirma o desejo de se ordenar e promover seu desenvolvimento social, econômico e ambiental.

Explicou Sandro Nahmias¹²³ que o direito à desconexão foi positivado (virou lei) na França; e na Alemanha as formas de comunicação de uma empresa só estão *online* durante o horário de expediente, mas por que ter essa preocupação com o Direito do Trabalhador no ambiente digital? Como exemplo extremo falou do *karoshi* – termo japonês para jovens adultos que falecem por infarto fulminante originado pelo estresse e sobrecarga de trabalho – que se tornou um problema social, de saúde pública e econômico no país – como produzir riqueza, garantir saúde e desenvolvimento da população se jovens economicamente ativos e férteis falecem antes de viver suas vidas e deixar seu legado intelectual, artístico, biológico, etc.?

Seria desnecessária a edição de nova lei sobre o assunto, visto que pela hermenêutica jurídica; ao considerar as leis já existentes como um sistema e utilizá-las na análise e interpretação do caso; é possível extrair o Direito à Desconexão da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88); do direito ao lazer, ao descanso e à família (art. 6º, CF/88 – Direitos sociais); e a legislação trabalhista (OLIVEIRA NETO, 2015, p. 9), como a Consolidação das Leis Trabalhistas, que prevê uma folga semanal obrigatória dada preferencialmente aos domingos, e a Lei 8.112 (do Servidor Público Federal), só para citar algumas além do previsto no art. 7º da Constituição Federal e exemplificar a interpretação sistêmica.

5. Proposta de solução

Devemos considerar a existência de documentos digitais – conversas em aplicativos de mensagem já foram reconhecidas como contratos pelo Tribunal de Justiça do Paraná (FRANÇA, 2018); da

123 “Direito à Desconexão” palestra ministrada no III Congresso de Direito e Processo do Trabalho, realizado em 14 de setembro de 2018 na UEA. O evento focado na indústria 4.0, intimamente ligada ao Direito Digital e ao Cibridismo que afeta as relações interpessoais inclusive no trabalho, a palestra trouxe uma nova perspectiva que converge com o Direito Digital.

possibilidade de busca e apreensão de aparelhos em investigações; e que as formas de comunicação, entre elas os aplicativos de mensagem, constituem provas digitais e possuem usos e finalidades distintos quando são corporativos em relação aos pessoais (PINHEIRO, 2016, p. 221). Assim sendo, uma possível solução transitória, até a regulamentação do uso dos meios digitais; seria a utilização de forma análoga ao dos telefones convencionais. Pois, “o empregador é o responsável por assumir os riscos da atividade econômica” (MORGENSTERN e SANTOS, 2016, p. 15). Ou seja, a empresa deve fornecer o dispositivo eletrônico e contratar a conexão de Internet necessária para operá-lo e, considerada a dificuldade de regulamentar a conduta do funcionário, o dispositivo ficaria na empresa, em situações de trabalho presenciais – assim qualquer funcionário poderia atender ao público, por exemplo.

Entre os benefícios é possível citar: o atendimento contínuo ao público, visto que qualquer funcionário pode responder pelo aplicativo durante o horário de expediente; a redução nos riscos de perda de documentação digital e do aparelho – pode ser armazenado na própria empresa e isso reduz riscos de furto, perda e danos ao aparelho e aos documentos nele contidos; a prevenção de lides trabalhistas – alguns telefones não se desconectam da rede e poderiam gerar transtorno ao trabalhador se usasse um telefone pessoal, atrapalhando seu descanso e contribuindo para o conflitos com a empresa.

Nesse sistema é possível manter um aparelho para atender às finalidades da pessoa jurídica em seu relacionamento com o público, assim pode manter um único aparelho ao invés de fornecer vários aos seus funcionários; evita desconformidade com o direito ao descanso e ao lazer; não onera o trabalhador por um serviço que é de interesse da empresa, tanto no aspecto econômico quanto ao da saúde do trabalhador (física e mental).

Essa seria uma forma menos onerosa e mais imediata de sanar possíveis conflitos entre o interesse empresarial e a legislação e direitos trabalhistas, sem a necessidade de alteração imediata do contrato ou elaboração de uma regulamentação feita às pressas. Adapta-se tanto aos antigos contratos de trabalho, quanto às novas relações contratuais pós-reforma trabalhista; mais conectadas aos Recursos de Mobilidade

– *Mobile Office* (PINHEIRO, 2016, p.256). Assim é possível atender às necessidades de uma Sociedade Digital e ao mesmo tempo respeitar os direitos trabalhistas, sem onerar injustamente a empresa ou o trabalhador, econômica ou socialmente.

Em situação de trabalho presencial, como ainda é o caso dos serviços essenciais – mesmo aqueles em situação de rodízio para reduzir a propagação da COVID-19 – a proposta de solução mencionada seria uma alternativa de transição, até a elaboração de normas específicas para o uso das tecnologias digitais, modalidade definida atualmente como teletrabalho, similar em alguns aspectos ao trabalho remoto previsto na CLT. Dessa maneira um dispositivo *smartphone*, por exemplo, com conexão à internet poderia ficar no ambiente físico de uma empresa, entidade ou órgão e as pessoas que forem trabalhar naquele ambiente podem utilizá-lo, de forma similar aos telefones fixos, quem estiver trabalhando utiliza durante o expediente.

A solução a médio ou longo prazo é a elaboração de códigos específicos, como sugere Patrícia Peck (PINHEIRO, 2016, p. 255), visto que a normatização atual é insuficiente em muitos aspectos para regulamentar esse tipo de trabalho (ALVES ET AL, 2017, p. 14). Seguindo a lógica da legislação brasileira, seria interessante que uma norma geral fosse elaborada a nível nacional e complementada pelos Estados, Municípios e entidades conforme as peculiaridades e necessidades de cada um para manter uma padronização mínima em território nacional e facilitar a integração de informações e pesquisa, observadas as normas já vigentes. É relevante considerar que devem objetivar a excelência tanto da Administração quanto das pessoas. O tempo para elaborar uma normatização uniforme, simples, preferencialmente em linguagem acessível, pode beneficiar a integração e padronização do uso desses dispositivos na Era Digital.

A normatização e separação dos meios utilizados para o trabalho é importante, pois em uma situação de investigação, por exemplo, pode ocorrer a apreensão de dispositivos; nesse cenário um *smartphone* retido traria prejuízo financeiro e pessoal. Qual o valor das fotos, contatos, conversas e outros itens contidos no aparelho? São bens imateriais, frequentemente infungíveis, ou seja, pode haver um dano moral e existencial ao trabalhador (ALMEIDA e COLNAGO, 2016, p. 9).

Há também um isolamento de comunicação temporário, sem o acesso ao serviço de telefonia e *e-mails* por exemplo. Por essas razões, o *Bring Your Own Device* (Traga Seu Próprio Dispositivo em tradução livre) também conhecido pela sigla em inglês BYOD (PINHEIRO, 2016, p. 256), apesar de utilizado por imposição de alguns empregadores e da discussão sobre sua regulamentação, é mais oneroso às pessoas contratadas que aos contratantes.

Mesmo na Suécia, país no qual reconhecidamente a classe política não recebe privilégios, os vereadores recebem um computador emprestado da Câmara Municipal para que possa executar seu trabalho em situação de *Home Office* (WALLIN, 2019). Deve-se considerar também que a Suécia encontra-se na lista de países com melhores conexões públicas de WiFi na 17^a posição segundo a Rotten WiFi em 2014, com velocidade de *download* de 8,67 Mbps, conforme divulgado pela Época Negócios; além de manter uma estrutura de fibra óptica e atender por meio da STOKAB com o Fiber-To-The-Home (FTTH – Fibra para a Casa em tradução livre) 77% do território sueco e 92% de Estocolmo (FELIPPE, 2016). Ou seja, a Suécia provê os meios e recursos necessários ao *Home Office* e ao acesso público de Internet. Logo, o uso de dispositivos corporativos para que os trabalhadores e trabalhadoras possam realizar o *Home Office* pode facilitar a normatização e uso dos recursos *Mobile Office* e tanto evitar quanto auxiliar na resolução mais rápida e justa de lides trabalhistas; visto que a separação entre a propriedade de uso privados ficam separadas do corporativo.

Considerações Finais

A sociedade está cada vez mais conectada aos meios digitais, o uso de aplicativos de mensagem facilita a comunicação, mas tem potencial de gerar conflitos trabalhistas, pois pode onerar o trabalhador com algo de interesse da empresa ou trazer prejuízos ao descanso, lazer e direitos trabalhistas conquistados através de tantas lutas. Por uma interpretação constitucional da legislação vigente, conforme a especialista Patrícia Peck; e o Direito à Desconexão de Sandro Nahmias, uma possível solução é o tratamento semelhante ao das linhas telefônicas analógicas: a

empresa fornece o aparelho e conexão para usar aplicativos de mensagem – que ficam em sua sede – evita o uso abusivo dessa tecnologia, tanto pela empresa como pelo trabalhador, e ainda oferece a comodidade aos seus clientes, conciliando interesses empresariais, do trabalhador e da Sociedade Digital.

Referências

ALMEIDA, D. F. V. e COLNAGO, L. M. R. **O teletrabalho, o direito à desconexão do ambiente de trabalho e os possíveis meios de inibição da prática.** Disponível em: < https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/2016_almeida_daniela_teletrabalho_direito.pdf > Acesso em 12 abr. 2020.

ALVES, B. H. B.; PINTO, G. R.; PINTO, M. M. **DIREITO À DESCONEXÃO COMO PROTEÇÃO AO TELETRABALHADOR BRASILEIRO.** Disponível em: < <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2017/6-9.pdf> > Acesso em 12 abr. 2020.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição [da] Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 15 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm> Acesso em 15 out. 2019.

CAMARGO, Robson. **Stakeholders: entenda a grande importância deles no gerenciamento de projetos.** Robson Camargo Projetos e Negócios, 2019. Disponível em: <<https://robsoncamargo.com.br/blog/O-que-sao-stakeholders-Saiba-tudo-sobre-eles-e-sua-importancia>> Acesso em: 02 abr. 2020.

Coronavirus disease (COVID-19) outbreak. World Health Organization. Outbreaks and emergencies, 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/westernpacific/emergencies/covid-19>> Acesso em: 02 abr. 2020.

Decreto 42.101 de 23 de março de 2020. Legisweb legislação rápida e confiável, 2020. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=391363>> Acesso em: 02 abr. 2020.

Dia Internacional da Mulher: a origem operária do 8 de Março. BBC, News, Brasil, 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-43324887>> Acesso em: 15 out. 2019.

FELIPPE, Asshais. **Modelo sueco de gestão de telecomunicações serve de inspiração para o Brasil.** Disponível em: <<https://www.ispblog.com.br/2016/04/28/modelo-sueco-de-gestao-de-telecomunicacoes-serve-de-inspiracao-para-o-brasil/>> Acesso em: 03 abr. 2020.

França, Patrick. **A Validade dos Negócios Feitos pelo “Whatsapp”.** França Advogados, 2018. Disponível em: <<http://afranca.adv.br/a-validade-dos-negocios-feitos-pelo-whatsapp/>> Acesso em: 15 out. 2019.

GARCIA, Andressa. **Como o Direito Digital está transformando a atuação dos advogados.** Jusbrasil, 2017. Disponível em: <<https://garciaandressa.jusbrasil.com.br/noticias/517815562/como-o-direito-digital-esta-transformando-a-atuacao-dos-advogados>>. Acesso em: 15 out. 2019.

Karoshi. Wikipédia. Disponível em: <<https://pt.m.wikipedia.org/wiki/Karoshi>>. Acesso em: 15 out. 2019.

MAFFRA, Márcia. **O direito à desconexão no universo do trabalho.** Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/13311/direito%20%20C3%A0%20desconex%-C3%A3o%20no%20universo%20do%20trabalho.pdf?sequencia=1&isAllowed=y>> Acesso em: 12 abr. 2020

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **PORTARIA N.º 188 DE 3 DE FEVEREIRO DE 2020.** Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>> Acesso em: 03 abr. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **PORTARIA Nº 356, DE 11 DE MARÇO DE 2020.** Dispõe sobre a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que estabelece as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19). Disponível em: < <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346> > Acesso em: 03 abr. 2020.

MORGENSTERN, E. e SANTOS, D. L. T. **A IMPOSIÇÃO DO HOME OFFICE E SUAS CONSEQUÊNCIAS TRABALHISTAS.** Disponível em : < <https://memorialtcccadernograduacao.fae.edu/cadernotcc/article/download/133/34> > Acesso em: 12 abr. 2020.

NEVES, Daniel; SOUSA, Rafaela. Nome. **Revolução Industrial.** Brasil Escola, ano. Disponível em: <<https://m.brasilecola.uol.com.br/historiag/revolucao-industrial.htm>>. Acesso em: 15 out. 2019.

OLIVEIRA NETO, Célio. **DIREITO DE DESCONEXÃO FRENTE ÀS NOVAS TECNOLOGIAS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE EMPREGO.** Disponível em: <http://www.calvo.pro.br/media/file/Direito_desconexao.pdf > Acesso em: 12 abr. 2020

Os países com as melhores conexões públicas de WiFi. Globo.com, Época Negócios, 2014. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Resultados/noticia/2014/12/os-paises-com-melhores-conexoes-publicas-de-wifi.html>> Acesso em: 03 abr. 2020

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Reitor da UEA divulga novas medidas de restrição sobre Coronavírus para a comunidade. UEA, Notícias, 2020. Disponível em: <<http://www3.uea.edu.br/home.php?dest=noticia¬Id=64180>> Acesso em: 02 abr. 2020.

WALLIN, Cláudia. **Na Suécia, vereador não tem salário nem gabinete: trabalham de casa.** Amigos de Pelotas, 2019. Disponível em: <<https://amigosdepelotas.com.br/2019/05/02/na-suecia-vereador-nao-tem-salario-nem-gabinete-trabalham-de-casa/>> Acesso em: 03 abr. 2020.

PRÁTICA DE TORTURA HIERARQUIZADA CONTRA O GÊNERO FEMININO NA DITADURA MILITAR BRASILEIRA

Ana Caroline Salvalaio Dechiche

Éder Rodrigo Gimenes

Considerações iniciais

Em 31 de março de 1964, os tanques de guerra do Exército Brasileiro dirigiam-se ao Rio de Janeiro, ao encontro de Goulart, ocasionando a derrubada do governo, por meio de um golpe militar que recebeu apoio de diversos setores da sociedade, como empresários, imprensa, proprietários rurais, Igreja Católica e integrantes da esfera política, bem como a classe média que clamava por intervenção militar como forma de findar as supostas ameaças “comunistas” e controlar a crise econômica (ARAÚJO et al, 2013). Em 09 de abril do mesmo ano, o Ato Institucional (AI) nº 1 encerrou o período em que a Constituição de 1946 possuía efeitos sobre o Estado, divulgando a vitória do Movimento Militar que derrubou o governo de João Goulart.

Tal regime consumou-se com o governo do marechal Humberto de Alencar Castello Branco, marcado por cassações políticas, fim das eleições diretas para o mandato presidencial e criação do bipartidarismo. Na sequência, assumiu Arthur da Costa e Silva, patrono do AI nº 5, sobrevivendo pelo governo de Ernesto Geisel até ser findado por João Baptista Figueiredo, quando iniciou-se a transição para um sistema

democrático após numerosa resistência popular, restabelecendo as eleições diretas para os governadores do Estado na metade da década de 1980 (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE - CNV, 2014).

Ao longo do período militar, lideranças políticas e sindicais foram aprisionadas, militantes políticos foram exilados, parlamentares tiveram seus mandatos cassados, apenas dois partidos puderam funcionar efetivamente - a Aliança Renovadora Nacional (ARENA) e o Movimento Democrático Brasileiro (MDB) - e a imprensa foi alvo de censura (CHAGAS, 2014). A despeito de tais restrições, foram anos marcados também por movimentos sociais, artísticos e intelectuais.

[...] os estudantes, entre 1966 e 1968, realizaram inúmeras passeatas e manifestações políticas em várias cidades do país, levantando a bandeira “Abaixo a ditadura militar”. A “Passeata dos Cem Mil”, realizada em junho de 1968 no Rio de Janeiro, foi um dos marcos desse momento (ARAÚJO *et al*, 2013, p. 19).

Em 13 de dezembro de 1968, o Presidente Costa e Silva promulgou o Ato Institucional nº 05, familiarizado como AI-5. E dentre os 10 Atos Institucionais, o AI-5 fora o pior deles, pois conforme previsto na redação do texto institucional, o AI-5 fechou o Congresso Nacional por tempo indeterminado, realizou a cassação de mandatos políticos, decretou estado de sítio, suspendeu a aplicação do Habeas Corpus aos crimes políticos, cassou os direitos políticos dos opositores da Revolução conservadora de 1964 (denominação dada pelo próprio texto da Lei), proibiu a realização de qualquer tipo de reunião e autorizou a realização de arbitrariedades por parte do Estado, como a suspensão da liberdade de reunião e de associação e censura de correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas (CHAGAS, 2014, p. 444).

Em tal contexto, a ditadura militar foi marcada por prisões arbitrárias e tratamentos degradantes contra os presos políticos por meio da banalização da tortura por parte do Estado, que agiu de modo tirano sob o fundamento de impedir a ação dos antirrevolucionários, aqueles que buscavam o restabelecimento do regime democrático. Tal situação perdurou especialmente entre 1968 e 1979, quando ativistas advogados e religiosos iniciaram um movimento de questionamento ao Superior Tribunal Militar das violações aos

direitos humanos em que o regime se pautava. Como resultado da compilação de informações, foi produzido o livro-denúncia “Brasil: nunca mais”, no qual foi destacado, dentre outros aspectos do regime militar, a prática da tortura como atos que retiram do indivíduo sua condição de liberdade, sendo uma prática contrária à liberdade pela produção do sentimento de objetificação do corpo pelos alagozes (ARNS, 1985).

Diante do exposto, a presente pesquisa tem o objetivo de discutir as práticas de tortura impostas às mulheres durante o regime militar no Brasil, de modo a expor, a partir da análise dos relatórios da CNV, as especificidades da violência de gênero.

Para tanto, utilizamo-nos de levantamento bibliográfico acerca do tema e de realização de pesquisa documental, com foco central os relatórios dos trabalhos da CNV, instituída por meio da Lei no 12.528/2011 com vistas a esclarecer casos e violações de direitos humanos e tortura entre as décadas de 1940 e o fim do período militar.

Nesse sentido, cabe destacar que a pesquisa documental consiste no exame intenso de documentos com a finalidade de estabelecer novas maneiras à compreensão de fenômenos (KRIPKA; SCHELLER; BONOTTO, 2015). De acordo com Gimenes (2019), ainda que a utilização de tal técnica de pesquisa implique em longo tempo para leitura e interpretação dos documentos, trata-se de fonte estável de informações, não reativa, ou seja, que não sofre interferências de eventos ou fenômenos externos por se tratar de registros escritos, majoritariamente de períodos anteriores ao da coleta de dados.

Isto posto, além desta seção introdutória, o presente texto compõe-se de mais três partes. A próxima seção apresenta aspectos referentes à prática de tortura no período militar no Brasil, enquanto a seção seguinte aborda a questão da violência praticada contra mulheres como instrumento de neutralização em diálogo com a análise documental do relatório da CNV. Por fim, a última seção trata de considerações finais acerca do debate realizado neste estudo.

A tortura no regime militar brasileiro

O projeto “Brasil: nunca mais” evidenciou que os dados de processos judiciais não correspondiam integralmente ao número de tortu-

rados no país, pois os Conselhos de Justiça Militar, em regra, não incluíram nos autos das ações penais as denúncias de tortura ou, quando incorporavam-nas, era de maneira superficial ou genérica. Ademais, diversas vítimas de tortura foram orientadas a silenciar as torturas sofridas em seus interrogatórios, pois muitas vezes retornavam às sessões de torturas e correriam o risco de aumentarem sua pena ou mesmo morrer. Os relatos de práticas de torturas que constam nos Autos das ações penais revelam que a tortura foi regra nos interrogatórios daqueles encarados como subversivos à ordem, bem como uma lista de 246 lugares em que ocorriam ações de tortura (ARNS, 1985, p. 8).

Cabe destacar que neste estudo utilizamos o conceito de tortura estabelecido no art. 1º da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, aprovada pela ONU em 1984, e expresso no Decreto nº 40/1991 da Presidência da República:

Art. 1º. Para os fins da presente Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

Ainda, o art. 2º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, aprovada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), de 1985, conforme segue:

Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infringidos intencionalmente a uma

pessoa penas u sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica. Não estarão compreendidos no conceito de tortura as penas ou sofrimentos físicos ou mentais que sejam consequência de medidas legais ou inerentes a elas, contanto que não incluam a realização dos atos ou a aplicação dos métodos a que se refere este artigo.

Já o relatório da CNV (2014, p. 328) define tortura como todo ato que implica em sofrimentos físicos ou mentais, para fins de investigações criminais através de agentes estatais:

[...] tortura é todo ato pelo qual são infligidos a uma pessoa penas, sofrimentos físicos e/ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, castigo corporal, medida preventiva, pena ou quaisquer outros fins. São igualmente considerados tortura os métodos tendentes a anular a personalidade da vítima ou a diminuir sua capacidade física ou mental, ainda que não causem dor física ou angústia psíquica.

Assim, militantes políticos, movimentos sociais, sindicais, estudantes, intelectuais, artistas e outras classes profissionais e sociais que manifestavam-se contrárias ao regime foram enquadrados e criminalizados sob a ótica dos Atos Institucionais impostos, aos moldes de como aduz Foucault (2003) ao expor que o crime, além de sua vítima imediata, ataca o soberano, pois a lei vale como a vontade do soberano, uma vez que a força da lei é a força do príncipe.

Ressalte-se que a prática regulamentada da tortura prevista no ordenamento jurídico durante a ditadura militar foi aperfeiçoada na década de 1960, conforme explicita o relatório:

A tortura passou a ser sistematicamente empregada pelo Estado brasileiro desde o golpe de 1964, seja como método de coleta

de informações ou obtenção de confissões (técnica de interrogatório), seja como forma de disseminar o medo (estratégia de intimidação). Deixou de se restringir aos métodos violentos já empregados pela polícia no Brasil contra presos comuns para, sofisticando-se, tornar-se a essência do sistema militar de repressão política, baseada nos argumentos de supremacia da segurança nacional e da existência de uma guerra contra o terrorismo. Foi usada com regularidade por diversos órgãos de estrutura repressiva, entre delegacias e estabelecimentos militares, bem como em estabelecimentos clandestinos em diferentes espaços do território nacional (CNV, 2014, p. 343).

Nos referidos relatórios identificou-se que diversos militares confessaram suas práticas de tortura contra pessoas que foram presas e enquadradas como antirrevolucionários, subversivos ou que atentassem contra a ordem militar vigente. Contudo, para além das 6.016 denúncias realizadas, o documento aponta que tal dado não condiz com o número de vítimas da prática, posto que em diversas denúncias os juízes proibiam que a prática fosse sequer mencionada (CNV, 2014). Sobre os registros,

No final de junho de 1970 estavam desestruturadas todas as organizações que algum dia chegaram a ter mais de cem militantes. A unificação de esforços colaborou para o trabalho da “tigrada” mas foi o porão que lhe garantiu o sucesso. Entre 1964 e 1968 foram 308 as denúncias de torturas apresentadas por presos políticos às cortes militares. Durante o ano de 1969 elas somaram 1027 e em 70, 1206. De 1964 a 1968 instauraram-se sessenta IPMs contra organizações de esquerda; só em 69 abriram-se 83 novos inquéritos. O da ALN formou doze volumes, com 3 mil páginas e 143 indiciados. Em apenas cinco meses, de setembro de 1969 a janeiro de 70, foram estourados 66 aparelhos, encarceradas 320 pessoas e apreendidas mais de trezentas armas (GASPARI, 2002, p. 162).

Ainda sobre os registros, o relatório da CNV (2014, p. 343) destaca um aspecto cruel da subnotificação dos casos, qual seja:

Um dos aspectos mais perversos da tortura é o fato de tornar bastante difícil às suas vítimas falar sobre ela, pela dor envolvida nessa memória, bem como pelo medo das ameaças feitas pelos torturadores, relativas à própria pessoa torturada e a pessoas próximas, um medo que pode perdurar. Mas narrar uma experiência de tortura é também difícil por serem os seus procedimentos extremamente humilhantes e porque a violência infligida, muitas vezes, é insuportável – a ponto de levar a vítima a falar aquilo que jamais diria em condições diferentes. Por essa razão, uma quantificação baseada em denúncias formais de tortura sempre subestimar o número de vítimas. No Terceiro Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, estima-se que cerca de 20 mil brasileiros tenham sido submetidos a tortura no período ditatorial. [...] Não obstante o regime militar negasse oficialmente o apoio à tortura, diversos fatores concorrem para demonstrar que essa prática fazia parte de uma política de repressão coordenada pelas Forças Armadas. A tortura, como enfatiza o relatório da Anistia Internacional de 1972, tornou-se um instrumento de poder e de preservação do governo – com destinação de recursos, organização de centros e de instrumentos e uso de pessoal próprio. Algumas evidências do caráter sistemático da tortura serão apresentadas a seguir: a existência de um campo de conhecimento a embasá-la; a presença de médicos e enfermeiros nos centros de tortura; a repetição de fatos com as mesmas características; a burocratização do crime, com a destinação de estabelecimentos, recursos e pessoal próprios, com equipes para cumprir turnos na sua execução; e a adoção de estratégias de negação.

Evidencia-se que as práticas de tortura eram constantes, de modo que os sujeitos que mantinham posicionamento favorável à democracia eram perseguidos, detidos e torturados, tendo por objetivo sua confissão e respectiva punição, o que se atestava também pela atuação dos médicos nos setores que realizavam o crime de tortura, os quais mantinham os presos políticos em condições para suportar as sessões posteriores de tortura, que se arrastavam até por meses:

Frequentemente os supliciados eram examinados por médicos com o objetivo de detectar se aguentariam mais uma sessão. Alguns “equipamentos” ficaram famosos como o pau-de-arara (barra onde o prisioneiro era pendurado amarrado pelas mãos e pelos pés, como uma caça), Maricota (aparelho para produzir descarga elétrica tocado a manivela), o submarino (tanque com água geralmente suja de excrementos onde submergiam a cabeça dos presos) e cadeira do dragão (um tipo de cadeira elétrica, com assento, apoio de braços e espaldar de metal onde a pessoa era amarrada com as pernas afastadas para trás por uma travessa de madeira, o que fazia com que a cada espasmo causado pelo choque, os membros inferiores batessem violentamente contra a travessa) Outras técnicas aplicadas na época foram: espancar com palmatórias ou barras de ferro em várias partes do corpo; deixar o prisioneiro durante horas, ou mesmo dias, em pé, encapuzado e, geralmente nu, sobre uma superfície irregular que lancinava os pés; extrair as unhas; asfixiar com sacos plásticos; obrigar o torturado a comer fezes e a beber urina; queimar com cigarro ou com ácido; impedir a pessoa de evacuar ou urinar; interromper o sono com luzes fortes e músicas estridentes; deixar o preso em lugares insalubres com lixo e insetos e sem local para depositar as necessidades físicas; obrigar a assistir as torturas e violações sexuais de outros companheiros e/ou familiares; violar homens e mulheres; quebrar ou machucar membros já feridos; simular fuzilamento e atropelamento; ameaçar familiares e amigos (JACAMO et al 2010, p. 24).

Portanto, a tortura praticada no período ditatorial fora instrumento legitimado pelo Poder Judiciário na prática de violência perpetrada pelo Estado como método de obtenção de informações em face daqueles que subvertiam à ditadura, imposta em face dos presos políticos após perseguições. Entretanto, a despeito da maneira como a temática é majoritariamente abordada, a questão de gênero é pertinente ao debate sobre a tortura promovida pelo regime militar, de modo que tal temática é abordada na próxima seção deste estudo.

Violência sexual como instrumento de neutralização feminina no período militar

A História construiu-se sob a ótica patriarcal, destacando a figura masculina como protagonista das lutas sociais, inclusive no Brasil (SAFFIOTI, 2015). Contudo, ainda que tenham sido silenciadas no que tange ao papel exercido em lutas políticas, as mulheres tiveram papel fundamental na organização de movimentos sociais, sindicais e de enfrentamento à ditadura com vistas à retomada da democracia no país. Isto posto, nesta seção apresentamos a análise documental dos relatórios da CNV com ênfase à punição que mulheres sofreram por violar os comportamentos pré-condicionados a elas, por meio de considerações sobre relatos de torturas sofridos por presas políticas à época.

Para além do contexto geral da participação das mulheres se destacar desde o início do movimento feminista por conta de suas reivindicações para participação nos espaços públicos e inserção no mercado de trabalho (RAGO, 2012), ao longo do regime militar brasileiro as mulheres protagonizaram diversas lutas da Esquerda, ainda que sua maioria tenha sido silenciada. Tal engajamento refletiu na prática de violência sexual sobre essas mulheres como arma de neutralização, em virtude de serem consideradas transgressoras tanto por combaterem a ditadura militar quanto por exercerem papel social diverso daquele que lhes fora imposto.

Sobre a prática da tortura, Jean-Claude Rolland (2015) relaciona o torturador e a psicanálise de Freud, uma vez que o torturador transgride a condição de ser humano, buscando, necessariamente, sentir-se superior perante suas vítimas e ainda, que a sexualidade acompanha a violência de forma geral e na condição do torturador ambos misturam-se conformando uma violência adormecida inflamada no momento da realização da tortura – a pulsão sexual inclui a violência, mas no momento que o torturador está praticando-a, ele acessa essa pulsão, inconscientemente, erotizando a situação, e satisfazendo-se conforme seus atos.

A violência sexual exercida por agentes do Estado, independentemente de ordem para tanto, constitui tortura por transgredir preceitos inerentes à condição humana ao afrontar a noção de que todos nascem

livres e iguais em dignidade e direitos, posto que as normativas e jurisprudências internacionais consideram que a violência sexual representa grave violação dos direitos humanos e integra a categoria de “crimes contra a humanidade”. Ainda, a violência sexual foi a principal prática disseminada na época em face das presas políticas nas sessões de tortura, por consequência da violência hierarquizada contra o gênero feminino, violando toda e qualquer condição humana daquelas que lutaram contra a ditadura (CNV, 2014).

Fora inserida na lógica da tortura a violência de gênero, a qual, retratada por sobreviventes do período da ditadura militar, constitui abuso de poder dos agentes estatais tanto por torturando militantes políticos quanto por aplicarem a lógica punitivista em face das mulheres que lutavam contra o referido regime por violarem seus papéis sociais impostos, já que negavam-se a permanecer nas condições patriarcais. Assim, a violência sexual tornou-se meio de dominação total e de mobilização contra as presas políticas, como ilustra o relato da sobrevivente Izabel Fávero:

Eu fui muito ofendida, como mulher, porque ser mulher e militante é um carma, a gente, além de ser torturada física e psicologicamente, a mulher é vadia, a palavra mesmo era “puta”, “menina decente, olha para a sua cara, com essa idade, olha o que tu está fazendo aqui, que educação os teus pais te deram, tu é uma vadia, tu não presta”, enfim, eu não me lembro bem se no terceiro, quarto dia, eu entrei em processo de aborto, eu estava grávida de dois meses, então eu sangrava muito, eu não tinha como me proteger, eu usava papel higiênico, e já tinha mal cheiro, eu estava suja, e eu acho que, eu acho não eu tenho quase certeza que eu não fui estuprada, porque era constantemente ameaçada, porque eles tinham nojo de mim. E eu lembro que no dia em que nós fomos presos, [...] meu marido dizia, “por favor, não façam nada com ela, podem, podem me torturar, mas ela tá grávida”, e eles riam, debochavam, “isso é história, ela é suja, mas não tem nada a ver”, enfim. Em nenhum momento isso foi algum tipo de preocupação, em relação [pausa, voz embargada]. Eu certamente abortei por conta dos choques

que eu tive nos primeiros dias, nos órgãos genitais, nos seios, ponta dos dedos, atrás das orelhas, aquilo provocou obviamente um desequilíbrio, eu lembro que eu tinha, muita, muita, muita dor no pescoço, porque quando a gente, quem sofreu choque, sabe? A gente joga a cabeça pra trás, aí tinha um momento que eu não sabia mais aonde doía, o que, doía em todo lado, mas enfim. Certamente foi isso. Eu acho que ficavam até com mais raiva, e me machucavam mais ainda (CNV, 2014, p. 404).

Os relatórios da CNV retratam o comportamento social estabelecido para o gênero feminino e a violência decorrente da desobediência à postura no período ditatorial, como destaca o relato de Rose Nogueira sobre a tortura que sofreu entre dezembro de 1969 e janeiro de 1970:

O simples fato, eu acho, de você estar no meio de homens, só homens. Só homens que têm sobre você um olhar, como eu diria? É o olhar que te... Pelo fato de você ser mulher, também você percebe que há talvez, às vezes, uma raiva muito maior, eu não sei se é pela questão de achar “por que uma mulher está fazendo isso? Por que uma moça está fazendo isso?” E é uma forma, talvez, muito de querer te desqualificar de todas as maneiras. Inclusive, o mínimo que você ouve é que você é uma “vaca”. São as boas-vindas. É a maneira como você é chamado. E isso foi crescendo e eu acho que você se sente exposto e você é exposto, você enfim, se encontra diante deles de uma dupla maneira: você está inteiramente nas mãos enquanto ser humano e na tua condição feminina você está nu, você está à mercê, não é? Disso tudo. [...] Como os homens também foram, mas talvez, por ser uma mulher, eu acho que isso tem um peso terrível. Pela tua formação, pela formação social, ideológica. Por si já é uma exposição e aumenta ainda mais a tua exposição [...] Normalmente você é educado e visto para proteger a sua feminilidade para que ela se exponha em outras situações [...] de escolha (CNV, 2014, p. 404).

Para além dos muitos relatos de torturas repetidas e brutais e da violência verbal, física e psicológica, o documento expõe que os xinga-

mentos também eram diferenciados, pejorativos e machistas, com caráter subjetivo de não reconhecimento dessas mulheres como pessoas, em igualdade de autonomia em seus corpos e comportamentos. As rotulações mais comuns eram prostitutas, vagabundas e merecedoras da truculências dos agentes estatais, sendo sanguinariamente violadas sexualmente por carneiros.

Nesse sentido, é importante tratar dos relatos cedidos pelas mulheres que eram companheiras dos militantes (namoradas, noivas ou esposas), nos quais constata-se a objetificação de seus corpos por completo, violadas para servirem como meio de humilhar seus companheiros e os grupos políticos dos quais pertenciam. Neste aspecto, destacamos o relato da militante Márcia Basseto Paes, presa e torturada com seu noivo Celso Giovanetti Brambilla em abril de 1977:

Na questão da mulher, a coisa ficava pior porque... quer dizer pior, era pior para todo mundo, não tinha melhor para ninguém, né? Mas [...] existia uma intenção da humilhação enquanto mulher. Então, o choque na vagina, no ânus, nos mamilos, alicate no mamilo, então... eram as coisas que eles faziam. Muitas vezes, eu fui torturada junto com Celso Brambilla porque a gente sustentou a questão de ser noivo. Eles usaram, obviamente, essa situação, esse vínculo, suposto vínculo, além da militância, que seria um vínculo afetivo também, para tortura. Muitas vezes, eu fui amarrada com o rosto na genitália do Celso, e dado choque, enfim... fios amarrados em nós, para que levássemos choque no pau de arara [...] Uma das coisas mais humilhantes, além dessas de choques na vagina, no ânus, no seio, foi que eu fui colocada em cima de uma mesa e fui obrigada a dançar para alguns policiais, nua. Enquanto isso, eles me davam choque. [...] Celso estava sendo torturado ao lado, também com choque elétrico, me vendo nessa situação (CNV, 2014, p. 427).

Há de se destacar que a violência física manifesta-se pela opressão e tirania, pelo uso arbitrário e empoderamento da força física e verbal como poder pessoal, coletivo ou institucional, com a finalidade de violar os corpos e a estrutura psicológica de um indivíduo

em todos seus limites e instâncias, objetivando danos físicos, psíquicos e morais, o que coaduna com a perspectiva teórica de Foucault (2003), que afirma que o sistema punitivo sempre trata do corpo e de suas forças, da utilidade e da docilidade delas, de sua repartição e de sua submissão, de modo que, ao ser exercida tal dominação sobre as vítimas tende a impossibilitar qualquer reação que não possa ser contida abruptamente, em instância pessoal, político-social e contexto cultural em que fora vivenciada. Assim, a tortura advinda de ordem estatal ou não, entrelaça-se de modo indissociável com a incidência de violar todo o composto corpo e alma, conceito que encontra-se tanto no corpo físico quando no campo psicológico, sem descartar sua incidência nas relações afetivas, sociais e em seu âmago mais íntimo da individualidade dessas mulheres.

Como a violência se organiza através das hierarquias sociais e das relações sociais de poder – elas próprias constitutivas da sociedade, das identidades coletivas e individuais –, a estruturação baseada na hierarquia de gênero e sexualidade transparece na violência estatal do período explicitando, por exemplo, o caráter tradicionalmente sexista e homofóbico da formação policial e militar, que constrói o feminino como algo inferior e associa violência à masculinidade viril. Treinados para agir com brutalidade e imersos em uma cultura de grupo e institucional em permanente tensão com o respeito aos direitos humanos, os integrantes do aparato de repressão indicados nos relatos de violência sexual aparecem como incapazes de reconhecer liberdades civis básicas, atuando como transmissores da violência, da extremidade de poder para a ponta desempoderada, não importando se a violência direcionava-se contra homens ou contra mulheres. Isso fica claro quando se dá voz às vítimas. Nas narrativas das mulheres, por exemplo, aparecem sistematicamente relatos de humilhações, maus-tratos e torturas sofridas, acompanhados de referências explícitas ao fato de que haviam se afastado de seus “lugares de esposa e mãe” e ousado participar do mundo político, tradicionalmente entendido como masculino (CNV, 2014, p. 427).

Sendo a violência sexual entendida como penetração de natureza sexual, não consentida do corpo da vítima por órgão sexual, membro ou qualquer objeto utilizado pelo agressor, ainda com uso de força ou mediante ameaça, muitas práticas de tortura são assim classificadas, uma vez que o relatório aponta a recorrência do estupro e também golpes nos seios, golpes no estômago com fins de provocar aborto ou afetar a capacidade reprodutiva, introdução de objetos e animais na vagina, pênis ou ânus, choques elétricos nas áreas genitais, sexo oral, atos físicos capazes de humilhar como a obrigação de desfilar nu, seminu diante de homens ou mulheres, xingamentos de cunho sexual, impossibilidade de utilização de banheiros pela falta de privacidade e negação às mulheres de higiene íntima no período menstrual (CNV, 2014, p. 420).

Conforme esse conjunto de relatos, é possível afirmar que os registros da prática de violência sexual por agentes públicos indicam que tal prática ocorria de maneira disseminada em praticamente toda a estrutura repressiva. Ainda como agravante, há relatos que descrevem a exposição das torturadas aos seus filhos ainda crianças ou mesmo bebês, por vezes submetendo-os à tortura conjuntamente como meio de violar a relação de mãe de filho e atingi-las pela condição materna (CNV, 2014).

Um dia, eles me levaram para um lugar que hoje eu localizo como sendo a sede do Exército, no Ibirapuera. Lá estava a minha filha de um ano e dez meses, só de fralda, no frio. Eles a colocaram na minha frente, gritando, chorando, e ameaçavam dar choque nela. O torturador era o Mangabeira [codinome do escrivão de polícia de nome Gaeta] e, junto dele, tinha uma criança de três anos que ele dizia ser sua filha. Só depois, quando fui levada para o presídio Tiradentes, eu vim a saber que eles entregaram minha filha para a minha cunhada, que a levou para a minha mãe, em Belo Horizonte. Até depois de sair da cadeia, quase três anos depois, eu convivi com o medo de que a minha filha fosse pega. Até que eu cumprisse a minha pena, eu não tinha segurança de que a Maria estava salva. Hoje, na minha compreensão femi-

nista, eu entendo que eles torturavam as crianças na frente das mulheres achando que nos desmontaríamos por causa da maternidade (CNV, 2014, p. 409).

Isto posto, denota-se a violência de gênero presente nas relações sociais, com impacto específico sobre a tortura contra as presas políticas. Para além das práticas de tortura, no entanto, cumpre salientar que as condutas e crimes praticados pelos agentes estatais na vigência do regime ditatorial não restringiram-se aos atos realizados pelos agentes do Estado, mas ultrapassaram o governo e chegaram às ruas, resultando no conceito de banalidade do mal (ARENDDT, 1999) por conta do reconhecimento como comum de atos violentos contra mulheres em diferentes espaços.

Um exemplo dessa banalização foi o caso de Araceli Cabrera Sanchez Crespo (1974), criança estuprada e assassinada cujo caso foi arquivado pelo Poder Judiciário com absolvição dos agentes do crime bárbaro, uma vez que apropriavam-se das atrocidades cometidas pelos militares como atos permissivos aos homens civis à perpetrar e consumir a violência contra a mulher. Nesse mesmo sentido, dialogamos ainda com Agamben (2002) e sua observação de que a humanidade estaria vivenciando a naturalização da violência devido à sobreposição do que seria considerado normal pelo horror da violência, coberta pelo manto do ideal de salvo-conduto.

Considerações finais

O regime militar enlutou o país durante vinte e um anos, período em que o Estado brasileiro esteve sob as amarras da soberania militar, governado mediante atos institucionais perversos em suas propostas ideológicas. Nesse sentido, o presente trabalho propôs uma reflexão sobre a violência sexual praticada contra as mulheres durante os suplícios exercidos na ditadura militar mediante a hierarquia da violência de gênero, constatando um caráter específico nas sessões de tortura contra os presos políticos do gênero feminino, o que reforça a lógica sexista presente nessa relação específica de poder.

É premissa básica que a tortura foi utilizada como imposição do regime militar, considerada a regra nos interrogatórios realizados pelos militares contra todos os presos políticos ou quaisquer pessoas consideradas cúmplices dos comunistas ou antirrevolucionários, para que arrancassem informações ou confissões no envolvimento com a oposição. No caso das mulheres que foram vítimas de tortura, os relatos apontam sua objetificação nas sessões de tortura, submetidas às atrocidades decorrentes da violência sexual praticada pelos algozes que cometeram inúmeros atos de truculência contra as presas políticas com o intuito de neutralizá-las por meio de coação brutal, humilhação, tortura e violência sexual – um tipo de punição para que lembrassem de obedecer o comportamento social adequado à sociedade patriarcal, sem engajamento político.

A ausência de manutenção de sua condição de humanidade e a banalização do mal ficam evidentes ao nos depararmos com os relatórios da CNV (2014), o que buscamos evidenciar por meio de excertos de relatos que evidenciam que as vítimas estiveram sujeitas a serem objetos de quaisquer crimes praticados na ditadura militar, por autoria dos agentes do Estado ou não.

Diante do exposto, procuramos neste manuscrito analisar o regime ditatorial sob a perspectiva de práticas de tortura voltadas às mulheres, o que nos permitiu constatar não apenas a relação entre as formas de violência praticadas e a questão de papéis de gênero socialmente determinados quanto também exprimir que os ataques às mulheres romperam os espaços de tortura e foram socialmente incorporados a práticas cotidianas em algumas situações. São dois efeitos, direto e indireto, diametralmente contrários ao funcionamento de um regime democrático e que, portanto, devem ser discutidos e evidenciados com a prerrogativa de apresentar à população efeitos nocivos da ditadura ao estabelecimento de relações sociais no Brasil.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: O Poder Soberano e a Vida Nua I. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

ARAUJO, Maria Paula et al. **Ditadura militar e democracia no Brasil**: história, imagem e testemunho. Rio de Janeiro: Ponteio, 2013.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BRASIL. **Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991**. Promulga a convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em 27 fev. 2020.

CHAGAS, Carlos. **A Ditadura Militar e os golpes dentro do Golpe 1964 – 1969**. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2014.

COMISSÃO Nacional da Verdade. **Relatório final** [2014]. Disponível em <<http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/index.php/ou-tros-destaques/574-conheca-e-acesse-o-relatorio-final-da-cnv>>. Acesso em 19 jan. 2020.

ARNS, D. Paulo Evaristo. **Brasil**: Nunca mais. São Paulo: Arquidiocese de São Paulo, 1985.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Nascimento da prisão. 41. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003.

GASPARI, Elio. **A Ditadura Escancarada**. São Paulo: Companhia de Letras. 2002.

GIMENES, Éder Rodrigo. **Métodos e técnicas pesquisa**: uma abordagem introdutória. Maringá, PR; UniCesumar, 2019.

JACAMO, Enaje et al. **Tortura**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010.

KRIPKA, Rosana; SCHELLER, Morgana; BONOTTO, Danusa Lara. Pesquisa documental: considerações sobre conceitos e características na pesquisa qualitativa. **Investigação Qualitativa em Educação**, v. 2, 2015. p. 243-247.

RAGO, Margareth. **Epistemologia Feminista, gênero e história** [2012]. Disponível em <http://projcnpq.mpbnet.com.br/textos/epistemologia_feminista.pdf>. Acesso em 26 mar. 2020.

ROLLAND, Jean-Cloud. **Os fundamentos da tortura, uma fusão de violência e de sexualidade** [2015]. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-58352015000100017> Acesso em 03 mar. 2020.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero Patriarcado Violência**. 2 ed. São Paulo: Expressão popular. 2015.

A ADOÇÃO HOMOAFETIVA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: ASPECTOS DEMOCRÁTICOS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ana Caroline Salvalagio Dechiche

Éder Rodrigo Gimenes

Considerações iniciais

A discussão abordada neste estudo trata das mudanças no Direito de Família durante o século XX e neste início de século XIX. De maneira mais específica, a problemática versa sobre as alterações realizadas no Direito de Família Contemporâneo, relacionadas ao instituto da adoção a ser acessado por casais homoafetivos, com fins de alcançar uma justiça igualitária a partir do princípio da Dignidade da Pessoa Humana como direito fundamental.

Nesse sentido, constitui-se como pressuposto da adoção atribuir ao adotado a condição de filho para todos os efeitos jurídicos pertinentes, sem qualquer adjetivação ou exclusão, ou seja, o direito ao amor, pensão alimentícia, vida digna, infância, direitos sucessórios e sociais. Tal modalidade de filiação é pautada pelo afeto e no desejo mútuo ou individual de constituir uma família, com desígnio de criar laços tão fortes quanto os de origem consanguínea, tendo a lei vedado a distinção de tratamentos e direitos entre adoção e filiação a partir da Constituição Federal de 1988.

Para tanto, apresentamos uma pesquisa bibliográfica baseada tanto em aspectos teóricos relacionados a Estado e democracia quanto em leis e acórdãos dos tribunais de justiça referentes ao tema apresentado, o que nos permite inferir, ainda que de maneira exploratória e com perspectiva de contribuição à agenda de pesquisas, o quanto a democracia oportunizou nesta questão e o quanto ainda é necessário avançar para um acesso à justiça efetiva de direitos.

Diante do exposto, além desta seção introdutória o texto apresenta ainda mais três seções. Na próxima, esboçamos o debate em torno das relações entre Estado, democracia e família, com vistas a compreender os avanços dos direitos condizentes ao Direito de Família no que tange ao instituto da adoção por casais homoafetivos, abordando sua ascensão e aspectos históricos como base de amparo para este estudo.

Na sequência, abordamos o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto possibilitado pelo Estado Democrático de Direito a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, considerado um instrumento de alcance de direitos que visam uma vida digna, bem como discutimos o reconhecimento jurídico e legal ao direito de adoção por pessoas homossexuais, ainda que não haja lei expressa nesse sentido.

Por fim, concluímos este texto com considerações acerca da temática dos direitos homoafetivos na legislação nacional, reconhecidos os limites de nossa exposição à atualidade e relevância da questão à sociedade contemporânea.

1. Estado, Democracia e Família

Em que pese a literatura demonstre que não exista uma única forma de constituição democrática, pois muitos países que adotaram o regime democrático como forma de governo têm divergentes tipos de constituições, também demonstram pontos em comum nessas constituições que justifique serem intitulados como democracias: o único governo capaz de atender plenamente todas as demandas de um Estado Social é aquele em que todo o povo participe (DAHL, 2016; BOBBIO, 2018). Porém, em uma comunidade ou Estado que exceda o tamanho de uma pequena cidade, não é possível que todos participem

pessoalmente, o que torna o governo representativo como tipo ideal (MILL, S., 1861 *apud* DAHL, 2016).

A literatura, de forma geral, reconhece a democracia como um fenômeno de natureza multidimensional. O balanço bibliográfico apresentado por Albrecht (2019), inclusive, destaca a multiplicidade de interpretações sobre o referido regime em termos de competição, participação e contestação pacífica do poder. De modo geral, para o estabelecimento de um regime democrático, são necessárias as seguintes condições: direito dos cidadãos escolherem governos por meio de eleições com a participação de todos os membros adultos da comunidade política; eleições regulares e livres, competitivas e abertas; liberdade de expressão, de reunião e de organização, especialmente de partidos políticos para competirem ao poder; e acesso a fonte alternativa de informação sobre ação de governos e a política geral.

Dahl ampliou sua definição de democracia com sua abordagem sobre as poliarquias (DAHL, 2005), demonstrando que para assegurar o princípio de contestação do poder é também indispensável que condições específicas permitam a participação dos cidadãos na escolha de governos, inclusive com possibilidade deles próprios serem escolhidos. Ademais, o autor também aponta a responsividade dos governos à preferência dos cidadãos

Tais condições desdobram-se em garantias relativas às liberdades individuais e ao direito de organização e representação da sociedade civil, em especial dos partidos políticos, sendo por intermédio deles que a pluralidade de concepções de interesses em disputa possam ser expressadas (FUKS et al, 2016).

As principais características de uma democracia representativa são as eleições livres e competitivas para os cargos de liderança, pois qualquer regime que não perfaça essa condição não poderá ser considerado uma democracia. Quando um indivíduo aceita outros meios que não as eleições livres e competitivas para a escolha dos governantes, fere uma das dimensões mais elementares do regime democrático, a “adesão aos procedimentos de escolha” (GIMENES, 2011; 2017; FUKS et al, 2016).

No regime democrático, o Estado é o principal responsável pela organização da vida em sociedade, sendo seu dever executar medidas

protetivas e intervir para cessar condutas a inviabilizam o convívio social. Em suma, as instituições democráticas e jurídicas são responsáveis também pelo cumprimento dos deveres do regime estatal, e por isso lhes cabe impor pautas de condutas (DIAS, 2013). No entanto, não devem deixar de respeitar o direito à liberdade e garantir o direito à vida, não só vida como mero substantivo, mas vida de forma adjetivada (vida digna, vida feliz) em atendimento à finalidade do Estado, que deve ser a busca pelo bem da coletividade (AZAMBUJA, 2005).

Deste modo, em se tratando especificamente das normas jurídicas, cabe destacar que estas não devem reprimir os desejos e sentimentos humanos, mas precisamente favorecer os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, a Carta Magna, para que sejam efetivamente alcançados, o que inclui, inclusive, considerar o processo de internacionalização dos direitos humanos na legislação brasileira, aderindo a tratados internacionais, dentre os quais salientamos a Declaração Universal dos Direitos do Homem, cuja redação do artigo XVI assegura aos homens e mulheres, sem distinção de raça, nacionalidade ou religião, o direito de fundar uma família - tratado este de que o Brasil é signatário (DIAS, 2014).

Em termos constitucionais, os artigos 226 e 230 da Carta Magna de 1988 preceituam acerca da entidade familiar, sendo que os parágrafos 3º e 4º expõem a família como base da sociedade que deve gozar de especial proteção do Estado, sendo que a entidade família é formada por qualquer dois pais e seus descendentes (CF, 1988). Já no Código Civil Brasileiro temos que família é a união formada por homem e mulher (CBD, 2002), no entanto, tal temática possui vasta discussão, sendo regulada pela Ação Direta Inconstitucional.

As estruturas familiares no Brasil e no mundo passaram e passam por diversas modificações e variações, de modo que cabe ao ordenamento jurídico adaptar-se de acordo com a esfera social evolutiva, pautando-se no cumprimento constitucional e sendo sempre atualizado com o intuito de matérias novas serem reguladas e outras revisadas conforme a demanda social. Nesse sentido, o Direito Civil regula as relações jurídicas em seus direitos e obrigações, sendo indispensável o conceito de pessoa para a interpretação, pois assim é possível chegar à conclusão de quem são os sujeitos possuidores de direitos e limitados por obrigações

(DIAS, 2014). No Direito de Família não seria diferente, uma vez que primeiramente deve-se reconhecer os modelos familiares para, após, codificar a matéria e então realizar as adaptações necessárias.

O Direito Civil codificado em 1916 revelava extremo apego à abstração e à generalização, sendo que escudava-se por detrás da definição abstrata de sujeito para negar a sujeitos concretos a titularidade e o exercício desses direitos. Assim, a noção clássica de sujeito pautava-se pela compreensão de pessoa abstratamente modelada pela ordem jurídica, o que significa que para ser pessoa era preciso ter ou possuir, o status de sujeito de direito e não apenas ser, concretamente, uma pessoa humana (LIMA; OLIVEIRA, 2015).

A personalidade na esfera jurídica não é caracterizada pelo fato de ser humano, mas pelo fato de ter direitos e obrigações (PEREIRA, 2007). No entanto, diante de alterações nas bases do sistema jurídico desde o século XIX e especialmente no século XX, em sede jurisprudencial e compiladas de fato com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, constituem o atual regime democrático no Estado brasileiro.

2. Direito de Família, afeto e família homoafetiva

O afeto é princípio basilar para a formação de uma entidade familiar, de modo que cada vez mais a ideia de família afasta-se da estrutura do casamento. Tal princípio afetivo foi reconhecido como o ponto de identificação das estruturas de família, sendo o envolvimento emocional que subtrai um relacionamento do âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é a vontade – e o conduz para o direito das famílias, cujo elemento estruturante é o sentimento de amor, o elo afetivo que funde almas, confunde patrimônios, gera a responsabilidade e comprometimento mútuos (DIAS, 2014).

O Código Civil brasileiro trata quase exclusivamente uma única modalidade familiar, constituída pelo casamento entre homem e mulher e a união estável entre casais do mesmo sexo ou não (CBD, 2002), ignorando as demais famílias que possam ser constituídas, como, por exemplo, a família formada por avós e netos, irmãos ou famílias com dupla paternidade/maternidade.

Diante de tal contexto, faz-se necessário desenvolvermos uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, para o que devemos buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. O novo perfil de família foi deslocado do Direito Civil à Constituição Federal promulgada em 1988 (DIAS, 2013), o que nos leva a considerar como pauta da democracia.

Diante disso, a forma de lidar e encarar a homossexualidade vem sendo modificada culturalmente ao decorrer dos anos. O Direito brasileiro finalmente reconheceu o princípio da igualdade em relação aos casais homoafetivos e o descabimento da estigmatização da orientação homossexual de qualquer pessoa (PASSOS, 2015).

As inúmeras decisões judiciais atribuindo consequências jurídicas a essas relações levou o Supremo Tribunal Federal a reconhecê-las com status de união estável, com iguais direitos e deveres (ADIN 4277). A partir desta decisão, passou a justiça a admitir a conversão da união homoafetiva em casamento, sendo que, de imediato, o Superior Tribunal de Justiça admitiu a habilitação para o casamento diretamente junto ao Registro Civil, sem ser preciso antes formalizar a união para depois transformá-la em casamento (DIAS, 2013).

Há 25 anos as uniões homossexuais não eram reconhecidas em nenhum país do mundo. Os parceiros, ainda que vivendo juntos por décadas, não tinham qualquer direito. Por exemplo, quando um morria o outro era excluído de qualquer direito e todos os bens e direitos cabiam a parentes, muitas vezes distantes, de modo que não foram raros relatos de cidadãos expulsos do lar comum ao retornar do enterro do companheiro (DIAS, 2014).

Foi a Dinamarca, no ano de 1989, a primeira a admitir a união civil entre homossexuais, ainda que fora do Direito das Famílias, o que foi um avanço em termos de direitos. Contudo, até o fim do século passado homossexuais não dispunham do direito de se casar, o que tornou-se possível pela primeira vez no mundo apenas em 2001, na Holanda. Atualmente, 20 países admitem o casamento, todos por força de lei. Em contrapartida, em mais de setenta países do mundo a homossexualidade é considerada crime sujeito à sanção penal – desses, 58

são países africanos, com destaque negativo a Uganda que, em 2014, promulgou lei transformando a homossexualidade em crime passível de punição com prisão perpétua (DIAS, 2014).

No dia 17 de maio de 1990, menos de dois após a promulgação da Constituição Federal brasileira, a Organização Mundial da Saúde (OMS) retirou a homossexualidade da Classificação Internacional de Doenças (CDI). Ademais, o Conselho Federal de Psicologia, editou em 1999 uma resolução com fins de determinar que os profissionais da área façam nenhuma intervenção que pudesse favorecer a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas (MARQUES, 2016).

No Brasil, a possibilidade de casamento homoafetivo decorre de decisão da justiça e não de um projeto de lei, de modo que o avanço da legislação em relação a tais casais levantou questionamentos sobre a possibilidade de se alterar o instituto da adoção. Temos que Adotar é aceitar alguém como filha ou filho, dando tratamento igualitário e amor equivalente àquele destinado a uma pessoa de filiação biológica. Adoção é uma questão de comprometimento e consciência, sendo um ato jurídico celebrado com a finalidade de originar laços legítimos e homólogos aos que resultam da concepção de um ente consanguíneo, ao que deve ser ainda destacado que o instituto de adoção é um dos mais antigos em território nacional brasileiro (DIAS, 2004).

No século XX novas leis e procedimentos foram criados em prol da adoção no sistema jurídico brasileiro, com destaque à chamada legitimação adotiva criada pela Lei 4.655/65 e o Código de Menores (Lei 6.697/79) – que modifica a nomenclatura ao utilizar a terminologia “adoção plena”, estendendo o vínculo civil aos avós. É relevante frisar que as leis que antecederam a CF/88 em matéria de direito de família com foco na adoção visavam salvaguardar a família patriarcal, mantendo a diferenciação entre adoção e filiação (DIAS, 2014).

A abertura do regime democrático possibilitou a expressa proibição de quaisquer discriminações em face da filiação adotiva, possibilitando que casais homoafetivos possam constituir união estável, realizar casamento, adotar de forma conjunta ou individual, sendo vedado expressamente pela legislação qualquer meio de discriminação com base no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual consiste em

valores morais e espirituais inerentes à pessoa, sendo garantido a todo ser humano a aplicação do referido princípio, conforme preceitua a Constituição Federal em seu art.1º,III (BONAVIDES, 2010).

A Constituição Federal de 1988 colocou fim às diferenças até então sustentadas, ainda que de maneira normativa, no entanto, a Constituição não pode ser resumida na literalidade de seus textos, pois os textos constitucionais sozinhos, significam muito pouco (MARQUES, 2016).

Além do estabelecimento de direitos sociais e de considerar a maternidade e a infância como direitos fundamentais, os princípios essenciais positivados visam garantir a fiscalização pelo Poder Público sobre os requisitos para efetivar a adoção da criança ou adolescente, sendo uma de suas finalidades impedir o tráfico de infante-juvenis (DIAS, 2014).

Já no século XXI, o novo olhar lançado sobre a sexualidade valorizou os vínculos familiares, que passaram a se sustentar no amor e no afeto, sendo possível afirmar que sem afeto não se pode dizer que há família. No decorrer dessa evolução, o Direito das Famílias instalou uma nova ordem jurídica, atribuindo valor jurídico ao afeto, de modo que, quando as uniões estáveis foram reconhecidas como entidades familiares merecedoras da tutela jurídica, a afetividade que une duas pessoas adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico (DIAS, 2014).

Em que pese não haja previsão legal expressa no que diz respeito aos casais homoafetivos e a adoção, a lei tão pouco faz menção à proibição ou autorização. No entanto, o direito à adoção por casais homoafetivos tem fundamento de ordem constitucional, pois não é possível excluir o direito à paternidade e à maternidade a gays, lésbicas, transexuais, travestis e intersexuais sob pena de infringir-se respeito à dignidade humana, o qual sintetiza o princípio da igualdade e a vedação de tratamento discriminatório de qualquer ordem (LOBO, 2002).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) também não traz qualquer restrição quanto ao sexo, estado civil ou orientação sexual para a qualidade de adotante, sendo uma faculdade outorgada tanto ao homem como à mulher, em conjunto ou isoladamente, sendo independente seu estado civil (LEI 8.069/1990, arts. 39 ao 51).

É clamado o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana nas uniões homoafetivas, pois este valor é atribuído

aos direitos fundamentais endossando à pessoa o livre exercício de sua personalidade, respeitando os anseios da esfera privada de seu ser. No entanto, a mera previsão de igualdade não é suficiente, como afirma MARQUES (2016), pois seguindo os exemplos a lógica argumentativa do Autor, quando dizemos que todos os seres humanos são iguais, independente de raça ou sexo, o que estamos afirmando? Podemos dizer que estamos afirmando que todos sejam tratados exatamente da mesma forma, ou autorizamos o tratamento diferenciado em determinados casos? Precisamos reconhecer que proposição de que todos são iguais, encontrada em inúmeros Tratados Internacionais, Constituições e Declaração de direitos, não deve ser lida somente como uma proposição de fato, mas uma reivindicação de natureza moral (MARQUES, 2016; VIEIRA, 2006, apud MARQUES, 2016).

A partir disso tem-se as interpretações sobre direito e justiça quanto à adoção homoafetiva, sendo reconhecido que casais homoafetivos possuem o direito de realizar o procedimento de adoção (DIAS, 2014). Os tribunais brasileiros compreendem esta mesma linha de raciocínio, o que tem possibilitado a adoção por casais homoafetivos, tendo em vista que o caso não encontra-se legislado na lei de adoção e tampouco em lei especial, mas somente na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2017).

No entanto, nos cabe mencionar a condição de desmantelamento de políticas públicas que estamos vivendo no Brasil e o ataque frequente ao regime democrático, sendo um processo de forte regressão aos avanços sociais. O Governo do Presidente Jair Bolsonaro finalizou o ano de 2019 com o total de 2.019 decretos revogados, representando cerca de 5,5 decretos extintos ao dia desde o mês de janeiro daquele ano, quando iniciou seu mandato. A expectativa do governo é a revogação de mais 300 decretos no primeiro semestre de 2020, conforme publicado no site da Secretaria Geral da União.

A revogação, total ou parcial, dos textos normativos e a busca pela consolidação de atos esparsos em um único documento legal vêm sendo realizada pela Subchefia para Assuntos Jurídicos da Secretaria Geral da Presidência da República (SAJ), que já analisou mais de 7.000 decretos em 2019. Desse total, 1.045 atos foram revogados nas quatro etapas do chamado “Revogaço” do Governo Federal.

Além disso, por força do Decreto 9.759/2019, que extinguiu e estabeleceu diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal, foram também revogados mais de 500 decretos que dispunham sobre colegiados já extintos ou inoperantes. Para os primeiros meses de 2020, além da continuidade dos processos de revogação de decretos, o Governo Federal pretende, ainda, retirar 583 leis e decretos-leis do ordenamento jurídico, por meio do Projeto de Lei 4158/2019, já encaminhado para apreciação do Congresso Nacional.

Em 11 de abril de 2019, Bolsonaro assinou o Decreto Lei 9.759 que extinguiu os colegiados da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, que incluem grupos como comitês e comissões, instituídos via decreto, ato normativo inferior ao decreto e ato de outro colegiado, na tentativa de diminuir de 700 para 50 o número de conselhos previstos pela Política Nacional de Participação Social (Decreto 8.243 de 23 de maio de 2014), a qual foi revogada inteiramente.

Dentre os decretos extintos por Bolsonaro, as áreas mais afetadas são: Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo, Comitê Gestor da Internet no Brasil, Comitê de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes, Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CONADE), Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT), Comitê Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, Conselho Nacional do Idoso (CNDI), Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil, Comissão Nacional de Política Indigenista, Conselho Nacional de Desenvolvimento Rural Sustentável (Condrap), Conselho Deliberativo da Política do Café (CDPC), Conselho da Autoridade Central Administrativa Federal contra o Sequestro Internacional de Crianças, Conselho de Desenvolvimento do Agronegócio do Cacau (CDAC), Conselho Superior do Cinema (CSC), Conselho da Transparência Pública e Combate à Corrupção (CTPCC), Conselho das Cidades (Concidades), Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (Conad), Conselho Nacional de Combate à Pirataria e Delitos contra a Propriedade Intelectual (CNCP), Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil (Conpdec), Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), Conselho Nacional de Segurança Pública (Conasp), Con-

selho de Relações do Trabalho (CRT), Conselho de Representantes dos Brasileiros no Exterior (CRBE), Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte (Conit), Comissão Especial de Recursos (CER), Comitê Intersectorial de Acompanhamento e Monitoramento da Política Nacional para a População em Situação de Rua, Comissão Nacional de População e Desenvolvimento (CNPD), Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil (Conaeti), Comissão Nacional da Biodiversidade (Conabio), Comissão Nacional de Alfabetização e Educação de Jovens e Adultos (Cnaeja), Comissão Nacional de Florestas (Conaflor), Comissão Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo (Conatrae), Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (CNPCT), Comissão Técnica Nacional de Diversidade para Assuntos Relacionados à Educação dos Afro-Brasileiros (Cadara), Comissão de Coordenação das Atividades de Meteorologia, Climatologia e Hidrologia (CMCH), Comissão Nacional de Educação Escolar Indígena, Comissão Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica (CNAPO), Comissão Nacional dos Trabalhadores Rurais Empregados (Cnatre), Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) e Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos (CNEDH).

Os grupos extintos por Bolsonaro atuam com representantes do governo e da sociedade civil para criar, executar e monitorar as ações de órgãos públicos e estatais. Conforme previsto no referido Decreto, ficam fora da norma os conselhos previstos “no regimento interno ou no estatuto de instituição federal de ensino” e aqueles que tenham sido criados ou alterados depois da posse do presidente, ou seja, a partir de 1º de janeiro de 2019.

Ainda, o Decreto supradito estipulou que as propostas de recriação dos colegiados extintos sem interferência na continuidade dos seus trabalhos deveriam ser encaminhadas à Casa Civil até 28 de maio de 2019, seguindo uma série de indicações que reformulariam a atuação dos colegiados. A situação foi chamada de “revogação”, com o qual o presidente da República revogou 250 decretos considerados por ele como implicitamente revogados ou com a eficácia ou validade prejudicada. A quantidade de decretos revogados é maior no Ministério da Economia, com 98, seguido do Ministério

da Defesa, com 80, ao passo que no Ministério da Justiça foram revogadas 11 normas.

Se, de modo geral, tais revogações impactam a capacidade participativa do regime democrático brasileiro e a possibilidade de encaminhamento de demandas da população por meio de seus representantes da sociedade civil, quando voltamos nossa atenção a grupos específicos que se caracterizam como minorias em termos de direitos – como mulheres, negros, indígenas, a população LGBT e deficientes, por exemplo – os potenciais desdobramentos das ações do governo são alarmantes, uma vez que o “revogaço” é apenas parte do conjunto de práticas e ações antidemocráticas (LEVITZKY; ZIBLATT, 2018) e de cunho conservador anunciadas desde a campanha presidencial de 2018, o que tende a atingir temas sensíveis como Direito de Família, união homoafetiva e a adoção por casais homoafetivos em curto prazo.

Considerações finais

O estabelecimento de um Estado que busque o bem da coletividade sem distinções entre os cidadãos é princípio democrático fundamental e basilar à discussão que propusemos neste manuscrito. Isto posto, a decisão do Poder Judiciário Brasileiro sobre a união estável homoafetiva a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4277) levantou questionamentos em relação aos demais direitos e grou tentativas de avanços legislativos e igualdade de direitos em prol dos homossexuais.

Assim, no que tange especificamente à adoção, ressalta-se que é possível identificar todos os pressupostos legais e amplamente jurídicos para a adoção ser realizada por casais homoafetivos, sendo o afeto a base para uma estrutura familiar conforme contemplado pelo Direito de Família. No entanto, não devemos romantizar a questão, tendo em vista que o judiciário ainda possui resistência com os direitos LGBTI, sendo necessário muitas vezes que se recorra até os tribunais superiores para o reconhecimento expresso do direito. Em que pese os avanços, estamos ainda engatinhando por uma justiça que atenda à todos de maneira eficaz.

Nesse sentido, não há previsão legal para a adoção por casais homoafetivos, ainda que a lei não autorize nem faça menção à proibição.

O ponto de atenção, nesse sentido, recai sobre os desdobramentos de ações, políticas, práticas e propostas conservadoras da atual presidência da república, uma vez que conquistas democráticas estão sofrendo fortes ataques e sendo revogadas, o que coloca sob interrogação a manutenção da adoção homoafetiva da maneira como encontra-se judicializada, haja visto que aspectos democráticos como instrumentos participativos e direitos de minorias têm sido efetivamente desestruturados ou extintos.

Referências

ALBRECHT, Nayara F. Macedo de Medeiros. Teorias da democracia: caminhos para uma nova proposta de mapeamento. **Boletim de Informações Bibliográficas (BIB)**, n. 88, 2019. p. 1-24. Disponível em <<http://anpocs.com/images/BIB/n88/1017666bib88032019.pdf>>. Acesso em 22 jan. 2020.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Globo, 2005.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. 15. ed. Rio de Janeiro/São Paulo, 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Supremo reconhece união homoafetiva. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em 09 de abril de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 23 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 20 mar. 2020.

BRASIL. Lei no 3. 071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em 20 mar. 2020.

BRASIL. Decreto no 9.759, de 11 de abril de 2019. Extingue e estabelece diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9759.htm>. Acesso em 20 mar. 2020.

BRASIL. Decreto 8.243, de 23 de maio de 2014. Institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8243.htm>. Acesso em 20 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 20 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 4.655, de 2 de junho de 1965. Dispõe sobre a legitimidade adotiva. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4655.htm>. Acesso em 20 mar. 2020.

BRASIL. Lei no 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em 20 mar. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei no 4.158/2019. Declara a revogação de leis e decretos-leis, para fins do disposto no art. 14, § 3º, I da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2212915>>. Acesso em 20 mar. 2020.

Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.html>.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia.** Brasília: UNB, 2016.

DAHL, Robert A. **Poliarquia**. Participação e Oposição. São Paulo: USP, 2005.

DIAS, Marina Berenice. **Homoafetividade e os Direito LGBTI**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito Das Famílias**. Porto Alegre: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FUKS, Mário; CASALECCHI, Gabriel Ávila; GONGAÇLVES, Guilherme Quaresma; DAVID, Flavia F. Qualificando a adesão à democracia: Quão democráticos são os democratas brasileiros? **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 19, jan./abr. 2016. p.199-219.

GIMENES, Éder Rodrigo. **Eleitores e partidos políticos na América Latina**. Curitiba: Appris, 2017.

GIMENES, Éder Rodrigo. **Cultura política e democracia: apoio difuso e específico entre um segmento da elite não estatal do município de Maringá (PR)**. 2011. 178 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, 2011.

LEVITZKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro; Zahar, 2018.

LIMA, Vicente Mota de Souza; OLIVEIRA, Andrea Jaques. Dignidade da Pessoa Humana e sua inter-relação com os direitos humanos. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37016/dignidade-da-pessoa-humana-e-sua-inter-relacao-com-os-direitos-humanos>>. Acesso em 23 mar. 2020.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania – o novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

Organização Mundial da Saúde, 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/oms-anuncia-retirada-dos-transtornos-de-identidade-de-genero-lista-saude-mental/>.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. O que uma Constituição constitui? Uma discussão sobre a igualdade constitucional a partir da união estável entre pessoas do mesmo sexo. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 3, n. 3, 2016.

PASSOS, Maria Consuelo. As relações homoafetivas: avanços e resistências. Disponível em: < http://www2.uol.com.br/vivermente/artigos/relacoes_homoafetivas_avancos_e_resistencias.html>. Acesso em 19 fev. 2020.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos Fundamentais e Relações Familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SUPREMO Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277**. Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles [...]. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=A-C&docID=628635>>. Acesso em 20 mar. 2020.

(IM)PARCIALIDADE DO JUIZ: OS MAXIPROCESSOS INSERIDOS NO PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988 DE MANEIRA NÃO DEMOCRÁTICA

Lohany Dutra Amorim

1 INTRODUÇÃO

A imparcialidade não exige que o juiz seja neutro e sim, que ele não favoreça nenhum dos lados no processo. O autor e o réu devem mostrar todos os seus argumentos e comprová-los com todos os tipos de provas admitidas no ordenamento jurídico brasileiro para que o juiz possa analisar todos os fatos narrados e comprovados para assim, proferir uma sentença.

No nosso sistema processual brasileiro adota-se três situações distintas e bem delimitadas em relação as hipóteses de possível contaminação subjetiva do julgador, ou seja, sobre a imparcialidade, que são as hipóteses legais de impedimento do magistrado que estão previstas nos artigos 252 e 253 do Código de Processo Penal (CPP). As hipóteses de suspeição no artigo 254 do CPP. E por fim, as hipóteses de Incompatibilidade do artigo 112 do CPP.

O objetivo do artigo é analisar a questão da imparcialidade do juiz e a sua contraposição com os maxiprocessos que são instrumentos de lawfare político. Para isso, os procedimentos metodológicos escolhidos foram os métodos bibliográfico e o hipotético-indutivo. Este consiste na racionalização de uma hipótese para a realização de uma resposta

satisfatória para o problema e aquele serve como substrato teórico para responder a pergunta do problema o qual é: Qual o papel do juiz diante da questão da imparcialidade e a sua contraposição nos maxiprocessos?

Para isso, no tópico 2 será analisado o conceito da imparcialidade e a sua diferença em relação ao conceito de neutralidade e por fim, os casos de impedimento, suspeição e incompatibilidades previstas no Código de Processo Penal Brasileiro como uma forma de amenizar as inclinações do juiz para que ele possa julgar com imparcialidade as partes.

No tópico 3 será abordado o maxiprocessos, que são os denominados gigantismos processuais onde se prolonga demasiadamente um processo para se favorecer uma das partes, usados como instrumento de lawfare político.

E por fim, no tópico 4 será analisada a distorção da função do juiz ao se inserir nos maxiprocessos, demonstrando que os juízes não devem usar os maxiprocessos como instrumento do Lawfare político, pois esse instrumento faz com que o magistrado se torne parcial e favoreça algum segmento político usando do meio jurídico e desviando de sua finalidade que é julgar de maneira imparcial. Afinal, os juízes devem proferir uma sentença de acordo com as provas que foram encaminhadas aos autos do processo e de maneira imparcial.

2 IMPARCIALIDADE DO JUIZ

O princípio da imparcialidade demonstra que o juiz não deve beneficiar uma das partes no processo e sim ser imparcial, ou seja, isento de parcialidade. Segundo o autor João Paulo Costa “imparcial é o juiz que não tem interesse no objeto do processo nem queira favorecer uma das partes. Mas isso não quer dizer que não tenha o magistrado interesse (dever) que sua sentença seja justa e que atue com esse compromisso (2019, p.1)”. Com isso, o juiz deve ser imparcial nos julgamentos para estar em consonância com um Estado Democrático de Direito.

A reflexão sobre o significado de imparcialidade remete-se à imagem do símbolo da Justiça, ou do Direito, na qual é representada por uma balança nas mãos de uma deusa. Essa imagem é passível de várias interpretações e uma delas é a imagem que “a venda nos olhos da deusa Iustitia deu ensejo ao popular ditado de que a Justiça é cega, o que

passou a ser interpretado como uma garantia do equilíbrio pretendido pelo direito, impedindo-a de visualizar as partes envolvidas no conflito e de se identificar com uma ou com outra (MAYA, 2014, p. 45)”.

Segundo a autora italiana Giulia Fiorelli a imparcialidade do juiz faz com que nenhuma das partes fique com privilégios e que todos tenham dignidade no processo, além de não haver nenhum prejuízo para ambos os lados.

L'assoluta terzietà ed imparzialità dell'organo giudicante permette di mantenere la contesa tra parti contrapposte nei binari della pari dignità dialettica e, per fare ciò, la posizione del giudice non può mai essere confusa con quella dell'accusatore. In linea, così, con i criteri tesi a garantire la ripartizione dei ruoli, il legislatore delegato ha, per un verso, potenziato la centralità della giurisdizione mediante il recupero della terzietà del giudice e, per altro, spogliato il pubblico ministero di ogni funzione paragiurisdizionale (FIORELLI, 2015, p. 51).

Depois da conceituação da palavra imparcialidade é preciso diferenciá-la da neutralidade. Afinal, ser neutro é ser imparcial? Não. Essas duas palavras são diferentes no âmbito Jurídico contemporâneo. Mas nem sempre foi assim, no século XVIII, com o Estado Moderno a interpretação era que o juiz deveria ser neutro, com aplicação das leis sem interpretação crítica, sendo um mero reproduzidor (MAYA, 2014).

Nessa época havia uma crença de validade universal, além disso, o Estado Moderno tentava disfarçar que o seu real interesse era com algumas classes e não com toda a sociedade. Também era necessário um discurso que legitimasse a ascensão do Estado Moderno. Nesse diapasão, a ideia de pureza criada por René Descartes, em seu método cartesiano também ajudou a influenciar a abrangência da neutralidade do juiz nessa época. Um outro fator determinante para esse processo de pensamento da época foi a Teoria Pura do Direito, em que se prezava pela pureza do conhecimento jurídico (MAYA, 2014).

Porém, o “ideal de neutralidade da atividade jurisdicional, entretanto, não demorou a ser questionado, dada a nítida incompatibilida-

de entre a racionalidade e o formalismo extremos e o ideal de Justiça (MAYA, 2014, p. 50)”, pois nenhum ser humano consegue ser totalmente neutro e um juiz é um ser humano, logo, um juiz não é neutro.

O consciente, nesse contexto, apresenta-se como a superfície do aparelho mental, a primeira a ser atingida pelos estímulos do mundo externo (percepções sensoriais) e, também, do nosso aspecto interno (sentimentos e sensações), estando a ele intimamente relacionado todo nosso conhecimento, pois só podemos conhecer algo tornando-o consciente, inclusive a inconsciência. (MAYA, 2014, p. 54-55)

Com a mudança de paradigma de neutralidade para imparcialidade é importante entender que “a imparcialidade, no entanto, não deve ser confundida com indiferença quanto ao resultado do processo. Daí os esforços da doutrina para elaborar a distinção entre imparcialidade e neutralidade do juiz (LACERDA, 2016, p. 25). Afinal, o juiz não deve ser neutro ao analisar todas as provas no processo e sim, deve proferir uma sentença em que seja condizente com todas as alegações pronunciadas durante a tramitação do processo.

O juiz está inserido em uma sociedade e quando se torna um juiz, ele traz consigo toda a sua essência desde o seu nascimento, portanto, não existe a figura do juiz perfeito e neutro. Esse juiz é composto por todos os seus conhecimentos adquiridos ao longo de sua vida, não sendo um ser mecânico, sem concepções de vida. Como o autor explica sobre a neutralidade que “admitido, pois, como referencial esse paradigma hermenêutico, carece de sentido a pretensão de se alcançar um juízo neutro, isento de todo o tipo de influências, como se possível fosse falar desde lugar nenhum (MAYA, 2014, p. 53)”.

Assim, a neutralidade, compreendida como a ausência de valores, de ideologias, apresenta-se como uma utopia, algo inalcançável diante da essência do homem, ser humano constituído por razão e emoção, cujo psiquismo se estrutura, segundo a teoria psicanalítica de Freud, pela combinação de três diferentes fatores: os hereditário-constitucionais, as antigas expe-

riências emocionais e a experiências traumáticas da vida real contemporânea, esta última responsável pelas influências que os meios social e cultural exercem sobre a estruturação psíquica de qualquer pessoa (MAYA, 2014, p. 53).

Com essa citação é possível perceber que a neutralidade é uma ficção e, portanto, impossível de ser alcançada. Como a neutralidade prevista no Estado Moderno era inalcançável, a idade contemporânea passa-se a mudar a figura da neutralidade para algo palpável e possível de ser adquirida, a qual é a imparcialidade.

O juiz, nos lindes da epistemologia contemporânea, passa a ser compreendido como um construtor da realidade, exercendo um papel de sujeito do conhecimento ativo, e não mais passivo, como outrora fora compreendido, um mero aplicador de normas, um juiz boca da lei (MAYA, 2014, p. 59).

A imparcialidade, diferentemente da neutralidade, não exige que o juiz seja neutro e sim, que ele não favoreça nenhum dos lados do processo. O autor e o réu devem mostrar todos os seus argumentos e comprová-los com todos os tipos de provas admitidas no ordenamento jurídico brasileiro para que o juiz passa analisar todos os fatos narrados e comprovados para assim, proferir uma sentença.

Não se deve achar, porém, que a exigência de imparcialidade esteja ligada a uma suposta exigência de neutralidade do juiz. Em primeiro lugar, tal neutralidade é absolutamente impossível, uma vez que o juiz, como qualquer ser humano, exerce seu trabalho embasado em razão e emoção [...]. Em segundo lugar, a neutralidade poderia levar o juiz a uma posição passiva, de mero expectador do processo, esperando que as partes se digladiassem para, só após, e com base estritamente nos elementos trazidos ao processo pelas partes, proferir sua decisão. Tal neutralidade, porém, não está de acordo com as exigências do processo moderno, em que se quer um juiz dirigente e participativo, capaz de guiar o processo em busca da verdade, com poderes reais de instrução do processo, podendo – por exem-

plo, determinar de ofício a produção de provas que entender necessárias (CÂMARA, 2014, p. 54).

Com isso, se observa que “a exigência de imparcialidade implica, desde logo, que o juiz não seja parte no conflito ou tenha nele um interesse pessoal em virtude de uma ligação a alguma das “partes” nele envolvidas – *nemo iudex in causa sua* (BRANDÃO, 2015, p. 12)”.

Um magistrado deve agir de forma imparcial, porque ao contrário, ele estaria negando o Estado Democrático de Direito. Para isso, o julgador não deve favorecer nenhuma das partes no processo, pois o oposto disso, em que:

...um julgador que amolda a lei de acordo com a decisão que deseja ver concretizada nos autos, nulificando uma das bases do sistema judicial, quer seja, a segurança jurídica, não serve ao sistema democrático de direito, muito menos ao processo penal, que requer um julgador estritamente imparcial e vinculado aos ditames constitucionais, em especial ao contraditório e a ampla defesa (Castilhos; Poll, 2018, p. 1229).

No nosso sistema processual brasileiro adota-se três situações distintas e bem delimitadas em relação as hipóteses de possível contaminação subjetiva do julgador, ou seja, sobre a imparcialidade que são as hipóteses legais de impedimento do magistrado que estão previstas nos artigos 252 e 253 do Código de Processo Penal (CPP). As hipóteses de suspeição no artigo 254 do CPP. E por fim, as hipóteses de Incompatibilidade do artigo 112 do CPP.

No primeiro caso que é sobre as hipóteses legais de impedimento, o código penal explicita que:

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - Tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II - Ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Art. 253. Nos juízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juizes que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive (BRASIL, 1941).

Todos os casos de impedimentos são fatores objetivos, ou seja, são passível de uma comprovação objetiva de uma das partes. Como o exemplo do artigo 252 inciso terceiro em que basta algum documento que comprove que o juiz da causa tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão analisada.

No segundo caso as hipóteses de suspeição no artigo 254 do CPP explicita que:

Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo (BRASIL, 1941).

Nesse segundo caso que é de suspeição é de ordem subjetiva, ou seja, é necessário provar que o juiz se enquadra em um dos incisos do artigo 254 do CPP.

No terceiro e último caso são as hipóteses de incompatibilidade artigo 112 do CPP que explicitam que:

Art. 112. O juiz, o órgão do Ministério Público, os serventuários ou funcionários de justiça e os peritos ou intérpretes abster-se-ão de servir no processo, quando houver incompatibilidade ou impedimento legal, que declararão nos autos. Se não se der a abstenção, a incompatibilidade ou impedimento poderá ser arguido pelas partes, seguindo-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição (BRASIL, 1941).

Com isso, se observa que há casos explícitos no Código de Processo Penal Brasileiro que são claros quanto as situações de impedimento, suspeição e incompatibilidades. Esses casos é uma maneira de tentar coibir a parcialidade do juiz, pois se ele julga um processo de seu melhor amigo a tendência é que o juiz se incline as suas paixões e profira uma sentença totalmente tendenciosa para o seu melhor amigo.

Depois de analisar o conceito da imparcialidade e a sua diferença em relação ao conceito de neutralidade e por fim, os casos de impedimento, suspeição e incompatibilidades previstas no Código de Processo Penal Brasileiro como uma forma de amenizar as inclinações do juiz para que ele possa julgar com imparcialidade as partes, será analisado, no próximo tópico o maxiprocessos como instrumento de Lawfare político.

3 O MAXIPROCESSO COMO INSTRUMENTO DE LAWFARE POLÍTICO

Antes de explicar os maxiprocessos e o relacionar com a questão da (im)parcialidade do juiz é importante explicar o que é o Lawfare e o Lawfare político. Então, “Lawfare é o uso do Direito como arma de guerra contra um adversário militar (LUBAN, 2017, p. 2)”. Com esse

conceito é possível observar que no lawfare usa-se o Direito em vez de armas contra um adversário.

Os autores Filho, Farias e oliveira também definem Lawfare como sendo:

Lawfare é um termo que não tem definição fixa. É entendido de forma geral como sendo o uso indevido da lei, como meio para alcançar objetivos militares. Estaria preocupado com a instrumentalização da lei para alcançar fins estratégicos políticos. A ideia é eliminar, deslegitimar ou incapacitar os oponentes. Suas características são discutíveis, dado o incitamento ao ódio, pela condenação prévia do que ainda não foi julgado (FILHO; FARIAS; OLIVEIRA, 2017, p. 363).

O Lawfare político está sendo utilizado como uma das formas de se manejar e enfraquecer um inimigo político por meio de vários mecanismos. Os principais instrumentos são:

Os principais instrumentos para a utilização do direito com fins políticos são (a) Iniciativa de criação de novas lei que permitam a redução de garantias no âmbito das persecuções penais; (b) Iniciativa de criação de novas leis com a tipificação aberta que permita a adequação de condutas com finalidade de coibição de ações políticas tidas como criminosas ou que invertam o ônus probatório; (c) jurisdicionalização de discussões outrora essencialmente reservadas ao campo político; (d) Reinterpretação criativa de leis existentes reduzindo a importância dos direitos humanos e fundamentais; (e) Instaurações de persecuções criminais para alcançar objetivos políticos (f) divulgações de persecuções criminais com a afetação de imagens pessoais para alcançar objetivos políticos (SANTORO, 2018, p. 64).

O primeiro que é a “iniciativa de criação de novas lei que permitam a redução de garantias no âmbito das persecuções penais (SANTORO, 2018, p. 64)” significa que uma nova lei é criada para prejudicar um determinado partido político ou mesmo um político. O segundo que é “iniciativa de criação de novas leis com a tipificação

aberta que permita a adequação de condutas com finalidade de coibição de ações políticas tidas como criminosas ou que invertam o ônus probatório (SANTORO, 2018, p. 64)” permite que a criação de uma lei com tipificação aberta e portanto, possível de diferentes interpretações sejam inseridas no mundo jurídico com a finalidade de lesar algum seguimento político.

O terceiro que é “jurisdicionalização de discussões outrora essencialmente reservadas ao campo político (SANTORO, 2018, p. 64)” demonstra que em determinadas ocasiões há a invasão da esfera jurídica para a concessão de interesses políticos. O quarto que é “Reinterpretação criativa de leis existentes reduzindo a importância dos direitos humanos e fundamentais (SANTORO, 2018, p. 64)” mostra que algumas interpretações do juiz reduz os direitos humanos e fundamentais em prol de um segmento político e conseqüentemente, há uma negligência do termo parcialidade que foi estudado no tópico anterior, pois o juiz não pode favorecer nenhum dos lados em uma ação penal.

O quinto é as “instaurações de perseguições criminais para alcançar objetivos políticos (SANTORO, 2018, p. 64)” em que as perseguições criminais não têm a finalidade estritamente jurídica e sim, apenas política, desviando dessa maneira a finalidade das ações penais. E o sexto é as “divulgações de perseguições criminais com a afetação de imagens pessoais para alcançar objetivos políticos (SANTORO, 2018, p. 64)”, pois com isso, o político será denegrido pelas mídias pelo uso indiscriminado de sua imagem, ferindo assim a presunção de inocência elencada na Constituição da República Federativa do Brasil.

Para a identificar um lawfare político há duas maneiras as quais são:

...podemos indicar dois testes para identificar se uma ação jurídica pode ser qualificada como lawfare político: (1) o autor (seja uma pessoas ou grupo político) da ação deve usar o Direito para criar os mesmos ou similares efeitos àqueles tradicionalmente buscados pela ações políticas e (2) a motivação do autor da ação ou de pessoas ou grupos políticos que utilizam a ação de se enfraquecer ou destruir um adversário político contra o qual o Lawfare está sendo manejado (SANTORO, 2018, p. 64).

Na primeira maneira para identificação do lawfare político observa-se que a pessoa ou grupos políticos usam do Direito para adequá-lo a alguma situação política que seja interessante para si mesmo ou para o seu partido político. Usando assim, o meio jurídico com o desvio de finalidade para os interesses políticos.

Na segunda maneira para identificação do lawfare político observa-se que a motivação do autor da ação não é estritamente jurídica e sim, política. Ou seja, esse grupo político ajuíza uma ação somente para enfraquecer seu adversário político, usando o Direito como uma ferramenta para a obtenção de seus interesses pessoais.

Um dos instrumentos do lawfare político são os maxiprocessos que são os denominados gigantismos processuais, onde se prolonga demasiadamente um processo para se favorecer uma das partes. As características dos maxiprocessos são a “(1) cobertura midiática massiva; (2) o gigantismo processual, (3) a confusão processual (4) a mutação substancial do modelo clássico de legalidade penal; (5) o incremento da utilização dos meios de investigação ou obtenção de provas (SANTORO, 2018, p. 65)”.

Nesses maxiprocessos é perceptível a imparcialidade do juiz, pois quando ele permite que algum documento sigiloso seja entregue à mídia faz com que haja um clamor social para beneficiar ou prejudicar o réu em um determinado processo. Além disso, quando há um prolongamento desnecessário do processo no intuito de prejudicar o réu, o juiz age de forma imparcial.

Também, quando há uma confusão processual em que o poder judiciário invade a competência da polícia para a obtenção de provas, fazendo que o magistrado ocupe a posição típica de investigações ele se inclina para um dos lados e conseqüentemente perde a sua imparcialidade.

No caso em que o magistrado muda o modelo clássico do direito penal em que passa a ser o direito penal do réu e não do crime, mudando o fato do direito penal ser direcionado a determinado tipo penal, fazendo com que se torne um direito penal direcionado ao réu. Com isso, o juiz pede a sua parcialidade. Por fim, quando o juiz incrementa os dos meios de investigação ou obtenção de provas para favorecer ou prejudicar um dos lados do processo, ele se torna parcial e tendencioso a uma das partes.

Após o estudo sobre a conceituação do Lawfare e o maxiprocesso como instrumento do Lawfare político e a sua relação a imparcialidade do juiz será analisada, no próximo tópico, a distorção da função do juiz ao se inserir nos maxiprocessos.

4 A DISTORÇÃO DA FUNÇÃO DO JUIZ AO SE INSERIR NOS MAXIPROCESSOS

Uma das funções de um juiz é ser imparcial e essa imparcialidade é adquirida ao longo do tempo, ou seja, uma pessoa não passa na prova para a magistratura e como se num passe de mágica se torna totalmente imparcial. A imparcialidade é um exercício constante em que o juiz deve sempre buscar e exercer.

Segundo a Constituição da República Federativa do Brasil, todo cidadão tem o direito ao contraditório e a ampla defesa conforme o “Art. 5º ...LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL, 1988)”, portanto, o juiz deve ser imparcial para que esses dois princípios constitucionais possam ser executados de maneira plena. Se o juiz tender para um dos dois lados, então, não existirá um eficiente contraditório e nem a ampla defesa.

Conforme explicitado no começo do tópico, o juiz é um ser humano e, portanto, traz consigo suas vivências de vida desde o seu nascimento. Com essa afirmação observa-se que para um juiz ser imparcial, ele deve praticar essa imparcialidade dia após dia, ou seja, é uma prática constante que o magistrado deve exercer, afinal, esse princípio é difícil e exige muita prática. Conforme o autor Bruno Amaro Lacerda explicita:

A imparcialidade é um valor tradicionalmente estimado pelos juristas, já que a ideia de um juiz parcial, que prefira indevidamente uma das partes no processo, soa contraditória. Afinal, como alguém poderia assumir a tarefa de decidir um conflito, substituindo a vontade dos litigantes, predisposto a favorecer um deles? O reconhecimento do valor, contudo, não torna sua

realização tarefa fácil. Pelo contrário: a imparcialidade é um dever de difícil prática, pois cada juiz possui caracteres, vivências e preferências que o aproximam mais de determinados grupos de pessoas do que de outros, fato que gera o incessante perigo de aproximações e favorecimentos. Há que se ter, portanto, humildade diante da tarefa (LACERDA, 2016, p. 23).

Com isso, o juiz não deve julgar uma causa segundo os seus próprios interesses ou segundo os interesses de uma das partes no processo e sim, deve ser comprometido com a análise das provas que foram trazidas pelas partes. Pois só assim, o juiz cumprirá o seu papel e exercerá o papel da magistratura de forma coerente com a imparcialidade. Segundo o autor:

Assim ocorre, por exemplo, com a imparcialidade do juiz: deve ele tratar os demandantes de forma impessoal, alheio aos interesses controversos, descomprometido com a vitória de uma ou outra parte, o que é estampado no brocardo secular do direito romano: *nemo iudex in causa sua*. Não significa, entretanto, que o juízo deva ser totalmente descompromissado: o magistrado deve ter a responsabilidade com a decisão correta, dando razão à parte que deve, segundo o ordenamento jurídico, sagrar-se vencedora (CABRAL, 2007, p. 343).

Também é possível inferir que o juiz não pode ignorar a lei e proferir uma sentença de acordo com a sua opinião e convicção pessoal. O juiz deve fazer cumprir a lei e para isso, ele precisa fundamentar a sua decisão. Esse fundamento não deve ser somente a transcrição de uma lei e sim o porquê dele estar proferindo a sentença, ou seja, quais são os fundamentos para a condenação ou para a absolvição. O magistrado tem que ter em mente se existe provas suficientes para ele sentenciar a favor ou contra o réu.

Nos ordenamentos que valorizam a lei, esta preexiste à sentença, e o juiz não pode agir retificando-a ou ignorando-a, para consagrar sua própria opinião ou para favorecer uma das partes. A posição pessoal do juiz, decorrente de uma visão ideológica,

jamais pode ser o critério de sua decisão. Por isso, é melhor que ele se veja como historiador limitado do que como filósofo ou político (LACERDA, 2006, p. 28).

Diante dessa explanação do dever agir de um juiz percebe-se que os maxiprocessos são o oposto de uma conduta ética e correta para um magistrado, pois quando o magistrado prolonga demasiadamente um processo, o chamado gigantismo processual, para beneficiar ou prejudicar uma das partes, ele está indo de encontro a imparcialidade explicada ao longo deste artigo.

Além disso, no caso do processo penal, o juiz querer criar um processo para condenar uma determinada pessoa em vez do crime que ela cometeu, o magistrado estará sendo parcial. Pois o processo penal tem tipificações penais, com o núcleo do tipo, exemplo, matar alguém, e com isso, deve-se combater as tipificações e não buscar pretextos para incriminar um indivíduo sem provas suficientes.

Portanto, os juízes não devem usar os maxiprocessos como instrumento do Lawfare político, pois esse instrumento faz com que o magistrado se torne parcial e favoreça algum segmento político usando do meio jurídico e desviando de sua finalidade que é julgar de maneira imparcial. Afinal, os juízes devem proferir uma sentença de acordo com as provas que foram encaminhadas aos autos do processo e de maneira imparcial.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo foi abordado que a imparcialidade não exige que o juiz seja neutro e sim, que ele não favoreça nenhum dos lados no processo. O autor e o réu devem mostrar todos os seus argumentos e comprová-los com todos os tipos de provas admitidas no ordenamento jurídico brasileiro para que o juiz possa analisar todos os fatos narrados e comprovados para assim, proferir uma sentença.

Também foi estudado que no nosso sistema processual brasileiro adota-se três situações distintas e bem delimitadas em relação às hipóteses de possível contaminação subjetiva do julgador, ou seja, sobre a imparcialidade que são as hipóteses legais de impedimento do magis-

trado que estão previstas nos artigos 252 e 253 do Código de Processo Penal (CPP). As hipóteses de suspeição no artigo 254 do CPP. E por fim, as hipóteses de Incompatibilidade do artigo 112 do CPP.

O objetivo do artigo foi analisar a questão da imparcialidade do juiz e a sua contraposição com os maxiprocessos que são instrumentos de lawfare político. Para isso, os procedimentos metodológicos escolhidos foram os métodos bibliográfico e o hipotético-indutivo. Este consiste na racionalização de uma hipótese para a realização de uma resposta satisfatória para o problema e aquele serve como substrato teórico para responder a pergunta do problema o qual é: Qual o papel do juiz diante da questão da imparcialidade e a sua contraposição nos maxiprocessos?

Para isso, no tópico 2 foi analisado o conceito da imparcialidade e a sua diferença em relação ao conceito de neutralidade e por fim, os casos de impedimento, suspeição e incompatibilidades previstas no Código de Processo Penal Brasileiro como uma forma de amenizar as inclinações do juiz para que ele possa julgar com imparcialidade as partes.

No tópico 3 foi abordado o maxiprocessos, que são os denominados gigantismos processuais onde se prolonga demasiadamente um processo para se favorecer uma das partes, usados como instrumento de lawfare político.

E por fim, no tópico 4 foi analisado a distorção da função do juiz ao se inserir nos maxiprocessos, demonstrando que os juízes não devem usar os maxiprocessos como instrumento do Lawfare político, pois esse instrumento faz com que o magistrado se torne parcial e favoreça algum segmento político usando do meio jurídico e desviando de sua finalidade que é julgar de maneira imparcial. Afinal, os juízes devem proferir uma sentença de acordo com as provas que foram encaminhadas aos autos do processo e de maneira imparcial.

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Jorge de Figueiredo Dias Nuno. **Sujeitos Processuais Penais**: O Tribunal. Universidade de Coimbra, 2015. Disponível em: < <https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/1083> > Acesso em: 06 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 03 dez. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 13 nov. 2019.

CABRAL, Antonio. **Imparcialidade e imparcialidade**. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. Revista de Processo, v. 149, p. 339-363, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CASTILHOS, Aline Pires de Souza Machado de; POLL, Roberta Egger. **Breve ensaio sobre a legitimidade do ativismo judicial no processo penal: limites e consolidação como prática jurídica**. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 1217-1246, set.-dez. 2018. Disponível em: < <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i3.153>> Acesso em: 13 nov. 2019.

COSTA, João Paulo. **Poder e imparcialidade do juiz no jogo processual**. Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.com.br/poder-e-imparcialidade-do-juiz-no-jogo-processual/>> Acesso em: 10 dez. 2019.

FILHO, Geraldo Carreiro de Barros; FARIAS, Athena de Albuquerque; OLIVEIRA, Gislene Farias de. **Considerações sobre o Instituto do Lawfare**. Id on Line Rev. Psic. V.10, N. 33. Supl. 2. Janeiro 2017 - ISSN 1981-1179 Edição eletrônica. Disponível em: <<http://idonline.emnuvens.com.br/id>> Acesso em: 02 dez. 2019.

FIGLIOLI, Giulia. **Esercizio improprio dell'azione penale**. Disponível em: < <http://dspace-roma3.caspur.it/bitstream/2307/5023/1/tesi%20di%20Giulia%20Fiorelli.pdf>> Acesso em: 13 nov. 2019.

LACERDA, Bruno Amaro. **A imparcialidade do juiz**. Revista de Doutrina e Jurisprudência. 52. Brasília. 108 (1). P. 23-36 / JUL - DEZ 2016. Disponível em: < <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/49/38>> Acesso em: 02 dez. 2019.

LUBAN, David. **Carl Schmitt e a crítica ao Lawfare**. Revista Paradigma, Ribeirão Preto-SP, a. XXII, v. 26, n.1, p. 2-19, Jan/jun. 2017 ISSN 2318-8650. Disponível em: < <http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/909/pdf>> Acesso em: 02 dez. 2019.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**. São Paulo: Atlas, 2^aed, 2014.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. Novos desenhos não democráticos no processo penal brasileiro pós-constituição de 1988: os maxiprocessos como instrumentos de lawfare político. In: Antonio Eduardo Ramires Santoro, Diogo Rudge Malan, Flávio Mirza Maduro (orgs.). **Crise no processo penal contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da constituição de 1988**. 1ed. Belo horizonte: D'Plácido, 2018, v.1, p. 61-72.

ASSÉDIO SEXUAL NO ÂMBITO TRABALHISTA

Jaíne Silva Cardoso

Introdução

O assédio sexual no trabalho teve início na década de 1980. Porém, está validamente configurado há pouco tempo, em razão da regulamentação do Direito do Trabalho ser um mecanismo púbere. Havendo assim ausência de efetividade e eficácia.

De forma estrita, consiste em uma coerção de cunho sexual perpetrado na maioria das vezes por um indivíduo em posição hierárquica superior em relação a um subordinado. Para que seja constituído assédio, não consiste no ato sexual essencialmente; o atentado em razão da liberdade sexual da vítima por si só configura em tal crime, sendo por uma troca de privilégios ou chantagem.

Vale ressaltar que esteve em vigor até 1989 o art. 446 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), onde em seu parágrafo único *permitia* ao esposo o direito de requerer judicialmente o rompimento do contrato de trabalho ao passo que sua continuação se tornasse “susceptível de acarretar ameaça aos vínculos da família ou perigo manifesto às condições peculiares da mulher” (BRASIL, 1943), ou seja, na medida em que atrapalhasse seus afazeres domésticos.

Diante da prática de assédio sexual é causado numerosos danos, não apenas físicos, bem como psicológicos e morais. Assim sendo, esta pesquisa tem como principal finalidade descrever, caracterizar e distinguir as espécies de assédio sexual que acontecem no ambiente trabalhista.

É notório ainda que há necessidade de maior efetividade, além de mencionar os dispositivos que regimentam esta conduta como ilícita, crime final trabalhista. De forma geral é praticado contra a imagem personalíssima da mulher e a partir de então é sabido também que tem seus direitos amparados pela Constituição Federal e outros no Código Penal Brasileiro.

2. Do Assédio sexual no ambiente de trabalho

2.1 Aspectos Históricos

De acordo com Lima (2014), desde os primórdios até os dias atuais, os mais impetuosos sempre comandaram os mais fracos, estabelecendo a subordinação, como um método para se atingir qual fosse sua vontade em relação às que possuíam mais poderes que os demais.

Para Lima (2014) a palavra assédio pode ser definida da seguinte forma:

“A palavra Assédio vem do latim *obsidere*, que significa opor-se, atacar, sitiá-lo. Já na língua portuguesa significa uma insistência importuna, junto de alguém, com pretensões ou uma abordagem forçada, caracterizando assim o assédio sexual”.

A expressão “assédio sexual”, mesmo que recente, tem origem de uma prática significativamente antiga. Foi notado historicamente que as primeiras vítimas de assédio foram as escravas, que naquela época não dispunham de nenhuma proteção legal, já que juridicamente não eram sequer consideradas como humanas (PAULA, 2017).

De acordo com Lima (2014), ao fim da escravatura, não ocorreu a extinção do assédio sexual, longe disso, com o passar do tempo a desigualdade entre os sexos só fez aumentar os casos de assédio, como é percebido durante a Revolução Industrial, onde homens e mulheres passaram a trabalhar de forma conjunta.

A reivindicação pela responsabilização do ato de assédio foi sobretudo um marco dos movimentos feministas, unidos, ao movimento de trabalhadores. O assunto, quando analisado por esse ângulo, atinge uma

dimensão mais abrangente, na medida que trata de dois importantes e históricos meios de discriminação: trabalhador e mulher. É notório que o colaborador do sexo masculino também tem possibilidade de ser sujeito passivo do crime de assédio. Porém acontece que a maioria das provocações desse tipo concentram-se nas vítimas do sexo feminino (PAULA,2017).

Segundo Lima (2014), a definição do assédio sexual só foi inserida nos anos de 1970, onde estudiosos de uma Universidade nos Estados Unidos da América observaram o comportamento do superior hierárquico com a conotação sexual, em razão deste apresentar domínio em relação ao seu subordinado, originando a partir de então uma palavra específica, que caracterizava esse modo de conduta e vindo a se tornar o primeiro país a possuir legislação especial para essa prática.

O assédio sexual só veio a ter lugar na realidade brasileira na década de 1990, pois visto que foi a partir deste momento que iniciaram-se os maiores revelações de assédio sexual nos ambientes de trabalho. Nos dias atuais o assunto é muito existente no dia a dia das corporações, ainda que a sociedade tenha evoluído em comparação ao passado, existe muita discriminação, pois o ser humano sempre se sente superior ao outro. Só cabe a sociedade mudar sua maneira de pensar, e fazer com que todos tratem o companheiro de serviço de forma igualitária independente do cargo ou função que o mesmo exerce (LIMA, 2014).

Em 15 de maio de 2001, a Lei nº 10.224 veio a definir que o assédio sexual no ambiente de trabalho se tornaria crime, incluindo tanto indivíduos do sexo feminino quanto masculino ,entende-se então que a Lei acaba por repelir o assédio também quando a vítima é homem, no entanto,é notório que ocorre em maior frequência com mulheres (SANTOS, 2015).

2.2 Princípios do assédio sexual

Segundo Lima (2014), o assunto em questão não dispõe de uma legislação específica para julgar o crime de assédio sexual no ambiente de serviço, tendo em vista que detém lacunas a serem completadas, considerando que os princípios apresentam ampla contribuição de modo acentuado nos confrontos trabalhistas em decorrência do assé-

dio sexual. São constatados alguns princípios específicos que complementam as lacunas, por ausência de legislação especial, os quais são:

1. Princípio da Boa-fé: onde todos terão que agir de forma correta e lícita para com seus empregados, não agindo de forma desonrosa.

1.2.2. Princípio da Razoabilidade: As condutas deveram sempre ser baseadas na razão, e respeitando sempre o limite do outro.

1.2.3. Princípio da Primazia da Realidade: Deverá sempre se valer da verdade, respeito no ambiente de trabalho.

1.2.4. Princípio da Proteção: É o princípio base do Direito do Trabalho, ou seja, a proteção do empregado que se apresenta como hipossuficiente, em relação ao seu empregador, como afirma Nei Frederico Cano Martins que:

O princípio protetor esclarece a origem da desigualdade em que se deparam os partícipes da relação empregatícia: de uma parte o operário, subordinado e de baixa renda, e de outra o empregador, e na maioria das vezes com maior poder patrimonial e dispondo do poder (LIMA,2014).

Conforme a Constituição Federativa de (1988):

Em seu artigo 1º inciso II, explícita que uns dos princípios fundamentais regidos por Ela, será o que toda pessoa tenha dignidade como um ser humano, não atingindo assim a vida íntima de qualquer ser humano sem a sua autorização e consentimento.

2.3 A mulher como vítima principal do assédio sexual

O sexo em tempos atuais ainda é um individualizador relevante para a admissão ou demissão de um colaborador. As mulheres encontram-se submetidas a receber uma remuneração inferior, ocorrendo por meio disso uma rejeição diante de um processo seletivo, que acarreta estagnação por parte profissional da vítima, deixando-a instável

ao assédio sexual. Embora esse conteúdo não seja novo, apenas nos anos 80 veio a ser notada como uma prática de violência em face do público feminino, vindo a ser conceituado como crime no Brasil em 2001, através da Lei nº 10.224 que modificou o Código Penal Brasileiro (ANDRADE, 2019).

As mulheres que mais tendem a sofrer com o assédio sexual no ambiente trabalhista são aquelas que contam apenas com uma única opção de serviço, sendo dependente financeiramente do seu superior, em razão disso elas entendem não haver outra forma de suprir suas necessidades e limita-se a suportar afrontas e ofensas. O assédio sexual é uma conduta que infringe o direito de outrem, vindo a ser cometido de várias maneiras, sejam elas físicas verbais e não verbais, trazendo como decorrência do ato de assédio, um ambiente laboral que causa humilhação e ameaça a imagem da mulher, ocasionando insultos e crimes em face da personalidade dela (DIAS, 2008).

De acordo com Andrade (2019), através dessa atitude é notável que a mesma postergue a plenitude física e moral da mulher e decorre de ações de intolerância, tendo como exemplo, relações indevidas, diálogos abusivos e encontros imprevistos; é previsto na Constituição Federal mecanismos que protegem os direitos da vítima os quais estão em questão. Porém, não é conhecido pela maioria como insulto ou assédio, visto que a sociedade ainda possui uma concepção do sistema patriarcal, que procedia de uma civilização que impunha a subordinação, no qual as mulheres precisariam submeter-se aos homens.

Há algum tempo atrás essa conduta era conhecida por de *quid pro quo*, que é compreendida como uma “troca de favores.”, a mesma tem por finalidade uma ascensão ou acréscimo de salário, se por ventura a mulher não se subordinasse correria o risco de ser demitida ou até mesmo rebaixada de cargo. Lamentavelmente, essa atitude permanece até os dias atuais. É importante que seja ressaltado também que o assédio sexual é conhecido por “ambientes hostis” e é associado a insultos ofensivos ou afrontas contra à mulher (ANDRADE, 2019).

Segundo Andrade (2019), é notório que esta prática aconteça, sobretudo em locais de trabalho em que a maior parte dos funcionários são do sexo masculino, fazendo com que haja diretamente um peque-

no numero de mulheres no ambiente trabalhista, estando estas reféns de olhares maliciosos. Para que o crime de assédio sexual se realize, é extremamente fundamental que haja a presença de dois indivíduos sendo os quais, o sujeito ativo ou agente (assediador) e o sujeito passivo ou destinatário (assediado).

2.4 Das definições do Assédio Sexual

Segundo o dicionário Ferreira (1986), assédio tem como significado “insistência impertinente, perseguição, sugestão ou pretensão constantes em relação a alguém”. Através dessa consideração pode se definir que o assédio sexual incide na aproximação constante de um indivíduo a outro, com o objetivo de conseguir vantagens sexuais, por meio de coação de vontade. O assédio sexual afronta a reputação, a imagem, a honestidade e a intimidade da pessoa.

Diniz (2011) diz ser necessário que seja destacado os seguintes pressupostos:

- a) Presença do assediado (vítima) e do assediador (agente);
- b) Conduta sexual;
- c) Rejeição à conduta;
- d) Reiteração da conduta (em relação à repetição da conduta, pode ser excepcionalmente desnecessária para a configuração do assédio sexual, nos casos em que o ato, ainda que praticado uma única vez, seja bastante grave);
- e) Relação de emprego ou de hierarquia (observe-se que esse requisito só é exigido para definir o assédio por chantagem, outros casos, mesmo fora de relações de emprego ou hierarquia, pode ser configurado o assédio).

Tal comportamento pode ser de forma clara ou objetiva, relatada ou somente insinuada, é capaz de ser escrita ou então explícita em gestos, vem de maneira coercitiva, onde o indivíduo assegura uma melhoria de cargo para a mulher, contando que a mesma ceda, ou, ainda, de maneira chantagista (DINIZ,2011)

Segundo Diniz (2011), através disso, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), determinou o assédio como ações de insinuações, relações físicas forçadas, convites impertinentes, uma vez que apresentem características tais como: “ter uma condição clara para oferecer ou conservar o emprego; Influenciar na ascensão do cargo do assediado; Lesar a eficiência profissional, humilhar, ofender ou amedrontar a vítima”.

2.4.1 Formas de assédio sexual

O assédio sexual configura-se como uma maneira de abuso no ambiente de trabalho. Segundo a professora Calvo (2009), há dois tipos de assédio sexual:

Chantagem: *que é um tipo criminal previsto pela Lei nº 10.224/2001. Resulta, indispensavelmente, poder do membro assediador, ou seja, a vítima se sente coagida e com medo de perder os privilégios ou prerrogativas que lhe foi oferecida ao ceder as abordagens feitas, que no caso é substancial a hierarquia.*

Intimidação: *desígnio de delimitar, sem causa, o desempenho de alguém, ou gerar uma situação acometida ou autoritária no trabalho, ou seja, institui-se através da geração de um ambiente desconfortável à vítima. O poder ou hierarquia não é pertinente, pois, o assediador pode ser até mesmo de nível hierárquico inferior ao da vítima. Ocorrendo, por exemplo, entre pais e filhos, médico e paciente, enfermeira e paciente, professor e aluna, religioso e fiel. Não se exige hierarquia, apesar de na maioria das vezes ela ser o motivo principal, a pessoa pode sentir-se tão mal que solicita a demissão.*

2.4.2 Assédio Sexual no ambiente trabalhista e suas incidências

Segundo Diniz (2011), o assédio pode ser constituído entre pessoas do sexo oposto (homem-mulher/mulher-homem), ou então entre indivíduos do mesmo sexo (homem-homem/ mulher-mulher).

Para que haja a determinação do assédio sexual é escusado o contato físico, já que, são inúmeras as formas que podem estabelecer o ato de

assédio, a começar pelas manifestações verbais ou escritas claras, menções insinuantes, gestos, figuras feitas por transmissão por elementos magnéticos; acontece por meio de intimidação, desde que ela concorde, ou ainda, de maneira chantagista, quando há presença de ameaça (MELO,2000).

É imprescindível para configurar o crime de assédio a presença de relação com o trabalho. Exemplo disso é quando o assediador oferece carona a vítima após o término da jornada, com o objetivo de intimidá-la,ameaçando que tenha prejuízos no trabalho por não satisfazer suas vontades (DINIZ,2011).

Dá-se também o nome de assédio ambiental, o qual é praticado por indivíduo da mesma hierarquia ou inferior à da vítima, constituindo sinônimo de assédio por ameaça, como já citado (DINIZ, 2011).

2.5 Das Modalidades do Assédio

Segundo Alkimin (2005), no que se refere às espécies de assédio sexual, o mesmo divide-se em: vertical descendente, vertical ascendente e horizontal, conforme a seguir exposto.

2.5.1 Assédio Vertical

Deste modo tal assédio incide naquele cometido por indivíduos de graus hierárquicos diferentes, que são envolvidos de uma relação laboral, ou que haja submissão. Pode haver o assédio vertical descendente e ascendente (COUTINHO, 2015).

De acordo com Coutinho (2015), o primeiro advém de um abuso contendo como sujeito ativo um membro hierárquico superior, com a finalidade de hostilizar/menosprezar o submisso que se subordina a tais agressões.

Segundo Alkmin (2005) o assédio vertical descendente:

“é proveniente do empregador, compreendido na expressão do empregador propriamente dito, bem como qualquer outro superior hierárquico (diretor, gerente, chefe, supervisor), que receba uma delegação do poder de comando”.

Portanto entende-se que o assédio de maneira vertical descendente é o uso do poder de superioridade com a finalidade de praticar o abuso, sendo ele de poder diretivo ou disciplinar (COUTINHO, 2015)

É importante salientar a percepção de Hrigoyen (2001):

“a experiência mostra que o assédio moral vindo de um superior hierárquico tem consequências muito mais graves sobre a saúde do que o assédio horizontal, pois a vítima se sente ainda mais isolada e tem mais dificuldade para achar a solução do problema”.

Conforme afirma Coutinho (2015), esta forma de assédio é a mais alarmante de todas, pois através dela o assediado se sente exposta e abandonada, aguentando as mais desacertadas repercussões psicológicas ou físicas.

O segundo é definido pelos insultos praticados por um ou mais subordinados contra o seu superior. Destaca-se que no serviço público, em que os funcionários, inúmeras vezes, dispõem de estabilidade no cargo de trabalho, este tipo aparece com maior periodicidade do que na esfera privada (COUTINHO, 2015).

2.5.2 Assédio Horizontal

O assédio horizontal é aquele exercido entre membros que se encontram no mesmo nível hierárquico, não existindo entre os mesmos nenhum vínculo de subordinação. São várias as causas que acarretam esse tipo de assédio, como: pretensão de uma melhoria de cargo, discriminação sexual, atração física, dentre outros (COUTINHO, 2015).

O sujeito assediado é submetido há incômodos e circunstâncias de extrema humilhação com insinuações ofensivas, aproximações indevidas, comentários sobre sua vida privada, e alegações que acabam por manchar sua imagem diante da empresa (COUTINHO, 2015).

O assédio horizontal segundo Alkimin (2005):

“é aquele cometido por colega de serviço, manifestando-se através de brincadeiras maldosas, gracejo, piadas, grosserias,

gestos obscenos, apalpamentos, isolamento, podendo ser resultante de conflitos interpessoais, que acarretam em dificuldades de convivência, ou por competitividade/rivalidade para alcançar destaque dentro da empresa”.

É notório que o grau hierárquico não é considerado como condição indispensável, sendo que o assédio sexual, por exemplo, no ambiente de laboral não necessita basicamente, ser cometido pelo superior em face ao inferior ou vice versa, tendo a possibilidade de acontecer de maneira horizontal, na qual é perpetrado por um par (COUTINHO, 2015).

Neste sentido Gonçalves Junior (2003), corrobora o tema:

Esta espécie também é denominada pela doutrina de “assédio sexual ambiental” ou “assédio sexual horizontal”, seria a conduta constrangedora imbuída de conotação sexual empregada por qualquer pessoa da empresa, ocupante de qualquer cargo, intimidando ou abusando de alguém, conturbando além da vítima o ambiente de trabalho. Nesta espécie o que verdadeiramente procura se defender é a liberdade sexual da pessoa, a faculdade de eleger os meios para a sua satisfação sexual, incluindo entre os sujeitos passivos até mesmo o empregador ou superior hierárquico.

Tem-se observado que as empresas vendo essa espécie de assédio se sustentam estáticas, pensando que o assédio impulsiona ainda mais a produção. Porém se deixam esquecer de que a empresa de outro modo terá obrigação de responsabilizar pelo acontecido, se caso o mesmo continue acontecendo por motivo de omissão, tolerância ou ainda por incentivo da empresa na tentativa de uma maior competitividade interna (COUTINHO, 2015).

2.5.3 Dos amparos jurídicos oferecidos ao assediado

Segundo Pascoal (2019), a vítima de assédio sexual é extraordinariamente lesada, desde a sua atuação na adequada função desempenhada, até mesmo com relação a sua vida íntima e particular, que ficarão marcadas para sempre.

São muitos os efeitos que o assédio acarreta para o assediado, e por esta razão esse assunto tem sido cada vez mais discutido por psicólogos, tendo em vista as numerosas consequências tais como, angústia, depressão, estresse, dores de cabeça, fadiga exagerada, tudo isso derivado do assédio sexual no trabalho, gerando diminuição excessiva no andamento, produção e desempenho no trabalho (PASCOAL 2019).

A lei trás ampargos para o funcionário que tenha sofrido assédio sexual, onde o mesmo tem a oportunidade de ser transferido de localidade ou de departamento trabalhista, após comunicar o empregador do ocorrido, abstendo-se da possibilidade de permanecer sobre a hierarquia e submissão do indivíduo assediador (PASCOAL,2019).

No que diz respeito aos danos morais, gozará do direito de um valor em pecúnia, percebe-se que não é possível sanar todos os prejuízos devolvendo a vítima a dignidade e a honra perdidos no processo. É sabido que não versa de uma reparação do dano, uma vez que o dano não será reparado. Em face da existência e nocividade do mesmo, e da razão pela qual ele não tem como ser desfeito, a indenização será unicamente uma tentativa de suprir os prejuízos causados a vítima (PAULA,2017).

Assim nos elucida a jurista Maria Helena Diniz:

É evidente que o ressarcimento dos danos não se limita apenas às lesões à integridade corporal. Se houver ofensas ao direito do autor, à honra da pessoa, aos bens que integram a sua intimidade, ao seu nome, à sua imagem ou à sua liberdade sexual, ter-se-á dano moral, que poderá traduzir, também, um dano patrimonial indireto se impedirem ou dificultarem, de qualquer modo, a atividade profissional da vítima [...].

O fundamento para a indenização de danos morais encontra-se na constituição em seu artigo 5º, inciso V. Na lição de Moraes:

Nos termos constitucionais (CF, art. 5º, V), igualmente, será possível a indenização por dano moral, desde que haja violação aos bens imateriais da pessoa – dignidade, honra, imagem –, haverá a concretização do prejuízo moral e, conseqüentemente,

o dever do Estado em indenizar; extensível, inclusive, aos sucessores do ofendido a possibilidade de acionar a Administração.

Também nos artigos 186 e 927 do Código Civil Brasileiro de 2002, onde:

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

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

De acordo com Moraes (2012) no fato de o assediador ser o próprio empregador a responsabilização civil recairá sobre ele por acometer-se de um ato ilícito e poderá ficar definida a demissão indireta do assediado. É definida pela rescisão contratual devida pelo próprio empregado por culpa do empregador, sem que haja perda do direito às verbas rescisórias por parte daquele. Diante disso, é indicado que o assediado, faça colhimento das provas necessárias do ocorrido, determine a partir de então o direito à demissão indireta, com base no art. 483, alínea “e” da CLT.

Conforme CLT-Decreto Lei nº 5.452/1943:

Art. 483- O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;

A partir disso, é sabido que a corrente majoritária compreende que a realização do assédio sexual na rescisão indireta de trabalho depara-se

fundamentada na alínea “e” do artigo 483 da Consolidação das Leis do Trabalho. Além disso, existe uma segunda corrente que afirma que a execução do assédio sexual adequa-se na alínea “d” do art. 483 da CLT, que permite a rescisão indireta no instante no qual o empregador descumpriu seus encargos contratuais, a partir da contratação do funcionário tem-se como objetivo a prestação de serviço e não a satisfação sexual do seu empregador, sem contar que é dever do empregador zelar e proporcionar um local de trabalho com segurança, dignidade e decência (PASCOAL, 2019).

Para Nascimento (1993):

O assédio sexual do empregador contra o subordinado é o mais grave, porque envolve uma relação de poder, como, também do preposto do empregador sobre o emprego, podendo configurar dispensa indireta por justa causa do empregador por ato lesivo à honra e a boa fama do empregado (CLT, art. 483, “e”), além de reparações civis as mesmas previstas para o dano moral e, inclusive, a do empregado contra colega, o que mostra que o assédio sexual não tem como única situação uma relação de poder, podendo sujeitá-lo a punição disciplinar ou dispensa por justa causa de incontinência de conduta (CLT, art. 482).

O funcionário que foi vítima de assédio sexual poderá ainda solicitar ação de indenização por danos morais, por ter suportado intimidações em seu local de trabalho. Praticar o assédio sexual sendo empregador ou qualquer outro indivíduo que possui domínio hierárquico não viola apenas às cláusulas contratuais devido o assédio, bem como infringe uma garantia constitucional, proporcionando desta forma uma respectiva indenização pelo dano ocasionado moralmente (PASCOAL, 2019).

2.5.4 Medidas para se evitar o Assédio Sexual

Segundo Latif (2019), é fundamental que exista uma política pública ou privada que lute para combater o assédio sexual, política a qual deve ter caráter, claramente preventivo, o que impedirá, de certa forma, diversas problemáticas de empregadores e funcionários.

A necessidade do movimento preventivo é incontestável, não apenas pelos elevados valores arbitrados a título de ações indenizatórias por danos morais e materiais resultantes do assédio sexual, além disso, pelo próprio tempo gasto, assim como a equipe destinada à apuração de condutas já tornadas públicas, possuírem um custo econômico considerável, sendo cabível tomar medidas preventivas (LATIF, 2019).

A empresa deve ter uma atenção especial desde o início da relação laboral, embutindo no contrato trabalhista, cláusula a qual atribua ao empregado a responsabilidade por atitudes ilegais, informando desde o começo seu interesse e supervisionamento a respeito do assunto (LATIF, 2019).

De acordo com Latif (2019) é responsabilidade da empresa começar a se preocupar com este tipo de situação, desenvolvendo medidas de reprimir a atividade do assédio sexual.

Segundo Lippmann (2001), o empregador é incumbido por elaborar métodos de contenção da prática de assédio sexual:

“Cabe à empresa ter uma política clara, a respeito do assédio com seus empregados. Estes devem ser informados das regras da empresa no ato de sua admissão, através de um termo de compromisso integrado ao contrato de trabalho, no qual se explique o que é o assédio sexual, e quais suas consequências, obtendo-se ciente o empregado. Esta política deve estar presente no regulamento da empresa ou, se este não existir, deve anexar no quadro de aviso dos empregados”.

Além disso, pode a empresa instituir campanhas que esclarecem sobre o assédio, com palestras e dinâmicas que apontam aos trabalhadores as diferenças de comportamentos adotados para com o grupo de amigos, orientando-os e ensinando-os a cerca de até onde é normal a prática de determinadas liberdades com amigos, distinguindo e estabelecendo barreiras nas atitudes do que é normal e do que é abusivo no ambiente trabalhista (LATIF, 2019).

Como sugere Pamplona Filho (2001), os homens necessitam de serem educados, para que apliquem aquilo que lhes foi passado no seu convívio social:

“O exercício diuturno da liberdade, por incrível que pareça, deve ser ensinado, pois o convívio social é, em última análise, como já observado, a disciplina das restrições à liberdade individual”.

Pode-se apontar como um ponto de essencial importância à supervisão que a empresa deve efetuar no local de trabalho, estabelecendo que as regras de boa conduta sejam exercidas. O empregador, além disso, pode usar seus escolhidos ou funcionários de confiança para desempenhar esta atividade, instituindo um grupo de inspecionadores aptos a atuar de forma imparcial, posto que o respectivo preposto tenha a possibilidade de ser o assediador, motivo pelo qual não é indicado que o inspecionador seja um único indivíduo (LATIF, 2019).

2.6 Assédio sexual em face dos Direitos Fundamentais

O assédio sexual descumpra direitos contidos na Constituição Federal (1988), embora a designação não se apresente de forma expressa é óbvio que sem dúvida atinge a igualdade e intimidade, que fazem referência no que diz respeito à dignidade da pessoa humana mencionada no artigo 1º, III, (dignidade da pessoa humana) assim como os valores sociais do trabalho (art. 1º, IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa).

Segundo o artigo XII da Declaração Universal dos Direitos do Homem:

Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na família, no seu lar ou em sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem o direito à proteção de lei contra tais interferências ou ataques.

Infringe o art.3º, inciso I, que determina como objeto principal da República Federativa do Brasil (1988) a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária, visto que não há autonomia dentro da mesma quando se pretende forçar o outro a certa atividade sexual. Além disso, pode ser citado também que caracteriza como uma atividade discrí-

minatória (artigo 3º, IV – Promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação).

Ainda de acordo com a Constituição (1988):

Compete ressaltar que o exercício do assédio pode causar a desobediência da igualdade entre homens e mulheres (art.5º, I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição), bem como à vida privada, à honra e à imagem (art.5º, X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação).

Em relação aos direitos sociais, é necessário salientar que o artigo 7º, XXII (redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança), faz menção de forma expressa de que precisam ser diminuídos os perigos no ambiente trabalhista. Já no inciso XX (proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei) proíbe distinções de salários, desempenho de funções e parâmetros de admissão em razão do sexo (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

2.6.1 Assédio sexual no âmbito penal

De acordo com o Artigo 44 CP:

As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos.

É visto de forma clara que apesar de haver presunção para pena de privação de liberdade, em consonância com a art. 44, indicado acima,

presente no Código Penal contanto que não haja presença de violência ou grave ameaça à pessoa. A prisão tem a possibilidade de ser trocada pelas denominadas penas alternativas: prestação de serviços à comunidade, doações de cestas básicas a instituições de caridade, entre outras (DINIZ, 2011).

A partir do momento em que se definiu assédio sexual art. 216-A CP Brasil (1940) como a prática de:

“constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função”.

Segundo Diniz (2011), o crime de assédio sexual é um crime de ação penal privada, ou seja, é necessário apenas que a vítima busque por um advogado e que o mesmo dê entrada à ação penal, que se dá através de queixa. Portanto se a vítima não possuir elementos satisfatórios para que seu advogado realize a queixa. É preciso que seja produzido primeiramente o inquérito policial, este necessitará do esclarecimento do fato e permissão da vítima ou de seu representante legal para que a autoridade competente possa realizar a investigação.

É provável que haja a co-autoria e participação no crime de assédio, o que significa, responsabilidade criminal dos envolvidos que auxiliaram ou contribuíram com o ato. Compreende-se então que indivíduos do mesmo grau hierárquico do assediado tem a possibilidade de serem coautores ou partícipes do crime (DINIZ, 2011).

De acordo com Brasil (2001) antes da promulgação da Lei n° 10.224, conforme a prática do assediador, a atuação do mesmo podia receber a devida reprimenda criminal, sendo encaixada em uma das condutas subsequentes:

- a) Constrangimento ilegal: é o ato de coagir, forçar, reduzindo a capacidade de alguém para esta praticar algo contra sua vontade;
- b) Ameaça: é a promessa da prática de mal grave feita a alguém, restringindo a sua liberdade psíquica;

- c) Injúria: é a ofensa à dignidade ou decoro de outrem, manifestação de desrespeito e desprezo, um juízo de valor depreciativo capaz de ofender a honra da vítima;
- d) Atentado violento ao pudor: constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso do ato sexual;
- e) Ato obsceno: aqueles atos praticados com característica sexual, atritando com o sentimento médio de pudor e bons costumes;
- f) Sedução: é o ato de seduzir a menor de 18 anos, com juras de amor e promessas, convencendo a jovem inexperiente à prática da conjunção carnal;
- g) Tentativa de estupro: é a tentativa de constranger a mulher ao ato sexual, mediante violência ou grave ameaça;
- h) Importunação ofensiva ao pudor: molestações de forma ofensiva à dignidade e pudor da pessoa;
- i) Perturbação da tranquilidade: atrapalhar, atordoar, pôr fim ao sossego ou tranquilidade de alguém.

Consequentemente, o indivíduo que assedia sexualmente alguém que não se encontra em vínculo de trabalho, de hierarquia ou ascendência, não pode ser enquadrado no crime de assédio sexual, já que para que este ocorra é preciso que haja um nível hierárquico ou ascendente para a configuração desse delito. Porém, como mencionado, a atuação pode ser enquadrada de outra maneira, quando praticado o assédio em outras circunstâncias do dia-a-dia (DIAS,2011)

Conclusão

Em razão de sua crescente importância nas relações trabalhistas e de seus efeitos perversos o assédio sexual no ambiente de trabalho tem tido cada vez mais espaço tanto na mídia quanto na sociedade

em geral. É notório que diante da evolução dos tempos ainda temos uma cultura machista e patriarcal, onde apenas uma tipificação criminalizante não resolve de forma total o problema, uma vez que precisamos de percorrer um caminho de reeducação e conscientização que deve ter início desde a criação familiar, sempre com a ideia de isonomia para ambos os sexos.

Mas ainda que não haja tanto reconhecimento deste assunto pela sociedade é importante dizer que concluímos com essa pesquisa que o direito brasileiro dispõe de muitos amparos jurídicos disponibilizados ao assediado.

No entanto, sabemos que uma simples reparação de danos, não apaga os impactos sofridos pela vítima, ainda assim o assediado deve procurar apoio nos órgãos que resguardam seus direitos, para que o assediador sofra as punições cabíveis.

É de tamanha necessidade que o empregador do local em que haja esse tipo de comportamento, procure meios que possam sanar tal prática e além disso orientar seus funcionários sobre o assunto e suas consequências, uma vez que o local de trabalho deve ser um ambiente favorável para os colaboradores.

Percebeu-se diante de todos os estudos realizados que o assédio sexual faz com que o ambiente de trabalho se torne um lugar desgastante, provocando a partir de então excessivo constrangimento ao assediado, tornando-se razão de rescisão contratual indireta do contrato de trabalho, pela inobservância das cláusulas contratuais por parte do empregador.

Referências

ALKIMIN, Maria Aparecida. *Assédio Moral na relação de emprego*. 1ª ed. Curitiba: Juruá. 2005.

ANDRADE, Aline Oliveira de. **O ASSÉDIO SEXUAL NO TRABALHO E O DIREITO DA MULHER**. Disponível em <https://www.editorarealize.com.br/revistas/conidif/trabalhos/TRABALHO_EV082_MD1_SA6_ID457_04092017222502.pdf> Acesso em 16 de junho de 2019.

BRASIL, Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001. Dispõe sobre **Crime de Assédio Sexual**. Vade Mecum. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Decreto-lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Dispõe sobre **Código Penal**. Vade Mecum. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 22 ago. 2006.

CALVO, A. **O assédio sexual e o assédio moral no ambiente de trabalho. Saúde e trabalho**, [s.l;s.d.] 2009. Disponível em <<http://www.saudeetrabalho.com.br/download/assedio-calvo.pdf>>. Acesso em 23 de junho de 2019.

CÓDIGO CIVIL - Lei N. 10.406, De 10 De Janeiro De 2002. Ed. Jurídica Manole. 4º Edição, 2018.

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO – **Decreto Lei 5452 1º de maio 1943**. Disponível em < <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/103502/consolidacao-das-leis-do-trabalho-decreto-lei-5452-43> > Acesso em: 4 de abril de 2020.

COUTINHO, Carolina Marjorie. **O ASSÉDIO SEXUAL NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS: SUAS INCIDÊNCIAS E PERSPECTIVAS 2015**. Disponível em < <https://www.passeidireto.com/arquivo/52155320/o-assedio-sexual-nas-relacoes-trabalhistas-suas-incidencias-e-perspectivas> > Acesso em 23 de junho de 2019.

DIAS, Isabel. **VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NO TRABALHO**. O caso do assédio sexual, p. 11-23, 2008. Disponível em: <https://repositorioaberto.up.pt/bitstream/10216/25489/2/isabeldiasviolencia000101591.pdf>. Acesso em 16 de junho de 2019.

- DINIZ, Letícia Lelis. **ASSÉDIO SEXUAL NO AMBIENTE DE TRABALHO**, 2011. Disponível em <<http://www.salesianolins.br/universitaria/artigos/no5/artigo10.pdf>> Acesso em 23 de junho de 2019.
- DINIZ, M. H.. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, Vol. 7 - Responsabilidade Civil - 31ª edição. São Paulo/SP: Ed. Saraiva, 2017.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, **Novo dicionário da língua portuguesa**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- GOLDSTEIN, Eduardo. *La discriminación racial por origen nacional y etnia en las relaciones laborales*. Montevideo: Fundación Cultura Universitaria, 2009.
- GONÇALVES JR., Mário. **Chefe também pode ser vítima de assédio sexual**. Saraiva jur, São Paulo, out. 2003. Seção Direito Penal. Disponível em:
<<http://www.saraivajur.com.br>>. Acesso em 23 de junho de 2019.
- HIRIGOYEN, Marie-France, **Assédio Moral: a violência perversa no cotidiano**. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2001.
- JAKUTIS, Paulo. *Manual de estudo da discriminação no trabalho: estudos sobre discriminação, assédio sexual, assédio moral e ações afirmativas, por meio de comparações entre o Direito do Brasil e dos Estados Unidos*. São Paulo: LTr, 2006.
- LATIF, Omar Aref Abdull. **Assédio sexual nas relações de trabalho**. 2019. Disponível em< http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=182603E.> Acesso em 20 de junho de 2019.
- LIMA, Kewri Rebeschini de. **Assédio sexual no trabalho**. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho 23ª região. 2014. Disponível em <<http://www4.trt23.jus.br/revista/content/ass%C3%A9dio-sexual-no-trabalho>>. Acesso em 23 de junho de 2019.

- LIPPMANN, Ernesto. **Assédio sexual nas Relações de Trabalho:** danos morais e materiais nos Tribunais após a Lei nº 10.224. São Paulo: LTr, 2001. p. 95.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho:** doutrinas e prática forense; modelos de petições, sentença e outros. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MELO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo.** 12^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MORAES, A.C.B. **Assédio sexual nas relações de trabalho 2012.** Disponível em < http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/N204761.pdf> Acesso em: 02 de abril de 2020.
- MUÇOUÇAH, Renato de Almeida Oliveira. **Assédio sexual e a ainda insuficiente discussão acerca das tutelas penal e trabalhista na proteção dos direitos fundamentais da pessoa do trabalhador.** *Revista LTr*, v. 77, n. 6, p. 712-721, jun. 2013.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho:** história e teoria geral do direito do trabalho e relações individuais e coletivas do trabalho. 20. ed. rev. atual., São Paulo: Saraiva, 2005. p. 467.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego** 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8838>> Acesso em 23 de junho de 2019.
- PASCOAL, Flávia Xênia Souza. **Assédio moral e assédio sexual no ambiente de trabalho 2019.** Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=20474&revista_caderno=25> Acesso em 23 de junho de 2019.

PAULA, Giovanna Batista de. **O PROLETARIADO FEMININO E O ASSÉDIO SEXUAL:** a luta da mulher no âmbito trabalhista 2017. Disponível em < <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/20241/3/ProletariadoFemininoAssedio.pdf> > Acesso em: 02 de abril de 2020.

SANTOS. S.A. **ASSÉDIO SEXUAL NOS ESPAÇOS PÚBLICOS:** REFLEXÕES HISTÓRICAS E FEMINISTAS 2015. Disponível em < [periodicos.unb.br > index.php > article > download >](http://periodicos.unb.br/index.php/article/download) Acesso em: 01 de abril de 2020.

SEABRA, J.P.G. **Assédio sexual no Direito Trabalhista Brasileiro.** 2016. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/53482/assedio-sexual-no-direito-trabalhista-brasileiro> > Acesso 16 de junho de 2019.

COVID-19: CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS ACERCA DO VÍRUS QUE PAROU O PLANETA

Bárbara Dias Cabral

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, lei maior do País, instituiu em seu artigo 225 (BRASIL, 1988) o Princípio da Ubiquidade. Em decorrência dele, constata-se que o meio ambiente está presente em toda a parte. Ora, só há pleno desenvolvimento da saúde num ambiente ecologicamente equilibrado. Qualquer desequilíbrio ocorrido em algum ponto do globo terrestre trará consequências – diretas ou indiretas– a todo o planeta.

O mundo encontra-se numa pandemia sem precedentes. Uma doença nascida na China trouxe impactos de toda a ordem para a população humana espalhada pela Terra: sociais, econômicos, políticos, jurídicos, ambientais. Quais seriam os principais impactos jurídico-ambientais do COVID-19 ao mundo e ao Brasil? O trabalho justifica-se pela necessidade em apresentar ao mundo acadêmico as alterações legais e ambientais causadas pela disseminação do Corona Vírus.

O trabalho tem por objetivo apresentar a origem do Covid-19 no Brasil e no mundo, bem como os documentos internacionais, legislação pátria e impactos ambientais relacionados à pandemia. A pesquisa tipifica-se em qualitativa, bibliográfica e interpretativa.

Para tanto, o trabalho se propõe a apresentar um breve apanhado histórico internacional do caso, as recomendações da OMS, os Objeto-

tivos do Desenvolvimento Sustentável e impactos do COVID-19 no mundo. Por fim, destacará a chegada da pandemia no Brasil, o que o ordenamento jurídico pátrio trata sobre o tema e seus impactos em solo nacional.

1. COVID-19 NO MUNDO

O presente capítulo abordará a origem do Corona Vírus, bem como as recomendações da Organização Mundial da Saúde para a contenção da atual pandemia. Em seguida, tratará sobre relação da atuação da OMS com os objetivos do desenvolvimento sustentável. Por fim, apresentará alguns exemplos de impactos ambientais do covid-19 no mundo.

1.1 A ORIGEM DO CORONA VÍRUS

A única unanimidade científica é que o Coronavírus é uma família de vírus que causam infecções respiratórias. O novo agente do coronavírus foi descoberto em 31 de dezembro de 2019, após casos registrados na China. Provoca a doença chamada de coronavírus - COVID-19 (SAÚDE, 2020).

À infecção provocada pelo novo coronavírus, deu-se oficialmente o nome de covid-19, em 11 de fevereiro de 2020: um acrônimo do termo “doença por corona vírus” em inglês corona virus deceased 2019. A suspeita é de que o morcego esteja na base do Coronavirus. Ainda há buscas para entender se houve um hospedeiro intermediário no caso do COVID-19. Tudo leva ao mercado de peixes e animais exóticos de Wuhan, uma província chinesa, já que grande parte dos primeiros infectados esteve no local. (FIOCRUZ, 2020)

Mais recentemente, foram descobertas evidências de que o pangolim foi o animal intermediário para a transmissão do CORONA Vírus aos seres humanos. Amostras de exemplares apreendidos há três anos estão infectadas com vírus muito semelhantes ao causador da pandemia. Tal informação advém dos estudos mais recentes do virologista evolutivo da Universidade de Sydney (Austrália) e coautor do estudo Edward Holmes (ELPAIS, 2020).

A doença, que traz complicações respiratórias agudas, até 29 de fevereiro de 2020 infectou 79.394 chineses, causando 2.838 mortes, conforme artigo publicado pela revista “Nature Medicine” (R7, 2020). A China foi o primeiro país a decretar a quarentena – atitude recomendada ao mundo pela OMS, posteriormente.

1.2 AS RECOMENDAÇÕES DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE

A Organização Mundial da Saúde declarou, em 30 de janeiro de 2020, que o surto da doença causada pelo novo coronavírus (COVID-19) constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (PAHO, 2020). Após mais de 118 mil infecções em 114 nações e 4.291 mortes, a OMS declarou em 11 de março de 2020 que o mundo vive uma pandemia.

Por meio de seu Diretor-Geral, a OMS recomendou que os países adotassem uma abordagem envolvendo todo o governo e toda a sociedade, construída em torno de uma estratégia integral e combinada para prevenir infecções, salvar vidas e minimizar o impacto. (PAHO, 2020)

Cumprir destacar que a definição de pandemia independe de número mínimo de contágios. Considera-se que uma doença infecciosa atinge esse patamar quando afeta uma grande soma mundial de infectados. (ABRIL, 2020). A OMS evita usar tal expressão –o que nos leva a concluir que a situação é realmente grave.

Cinco dias após tal declaração, em entrevista coletiva, o diretor-geral da entidade, Tedros Adhanom Ghebreyesus, disse ser preciso ampliar o número de testes e o isolamento para prevenir novas infecções. Afirmou ainda que o COVID-19 é uma doença séria. Embora as evidências sugiram que aqueles com mais de 60 anos corram maior risco, jovens, incluindo crianças, morreram (JUNDIAÍ, 2020).

Conforme a Revista Nature:

More than one million cases of COVID-19 have been confirmed as of 2 April, according to data compiled by researchers at Johns Hopkins University in Baltimore, Maryland. But in much of the world, people exhibiting mild or no symptoms are unable

to get tested, meaning that the true number of cases could be much higher¹²⁴. (NATURE, 2020)

Na mesma data, após análises de dados científicas e estatísticos, a OMS manifestou preocupação com escalada de COVID-19 à medida que número de casos se aproxima de 1 milhão, havendo um crescimento quase exponencial (ONU, 2020). O mundo está atendo às notícias e recomendações da Organização mundial da Saúde.

1.3 OS OBJETIVOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Em 2015, a ONU criou a Agenda 2030, a qual pode ser definida como:

um plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade [...] Todos os países e todas as partes interessadas, atuando em parceria colaborativa, implementarão este plano. Estamos decididos a libertar a raça humana da tirania da pobreza e da penúria e a curar e proteger o nosso planeta. [...] Eles são integrados e indivisíveis, e equilibram as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental. Os Objetivos e metas estimularão a ação para os próximos 15 anos em áreas de importância crucial para a humanidade e para o planeta (ONU. 2015).

O desenvolvimento sustentável é um dos fatores que colaboram para o equilíbrio planetário: a Sustentabilidade (SACHS, 2002, p. 85-89). Sustentabilidade essa que é princípio constitucional (FREITAS, 2015, p. 406). Para tanto, a ONU anunciou 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e 169 metas, que demonstram a escala e a ambição dessa nova Agenda universal.

124 Mais de um milhão de casos de COVID-19 foram confirmados a partir de 2 de abril, de acordo com dados compilados por pesquisadores da Universidade Johns Hopkins, em Baltimore, Maryland. Mas em grande parte do mundo, as pessoas que apresentam sintomas leves ou inexistentes são impedidas de fazer o teste, o que significa que o número real de casos pode ser muito maior.

O objetivo nº 3 da Agenda 2030 é “Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades”. Sua meta nº 3.8 é: Atingir a cobertura universal de saúde, [...] o acesso a serviços de saúde essenciais de qualidade e o acesso a medicamentos e vacinas essenciais seguros, eficazes, de qualidade e a preços acessíveis para todos.

Já a meta 3.b fala em: Apoiar a pesquisa e o desenvolvimento de vacinas e medicamentos para as doenças transmissíveis [...] proporcionar o acesso a medicamentos e vacinas essenciais a preços acessíveis. Por fim, a meta 3.d é: Reforçar a capacidade de todos os países, particularmente os países em desenvolvimento, para o alerta precoce, redução de riscos e gerenciamento de riscos nacionais e globais de saúde.

Da análise da Agenda 2030 da ONU, do seu objetivo nº 3 das metas explicitadas, infere-se que a contenção do COVID-19 no mundo é um dos objetivos basilares das Nações Unidas. As pesquisas e esforços para controlar a pandemia estão de acordo com os ideais e prioridades da ONU.

1.4 OS IMPACTOS AMBIENTAIS DO COVID-19 NO MUNDO

É certo que uma pandemia é um acontecimento complexo, que impacta a vida do Planeta em todos os seus prismas, como o social, econômico, político e jurídico. Cumpre aqui destacar alguns dos impactos ambientais causados ao mundo pelas consequências das ações de precaução tomadas pelos governos por conta do COVID-19.

O surto de COVID-19 tem levado a uma menor demanda por produtos energéticos e matérias-primas, tais como: petróleo, combustível de aviação, gás natural liquefeito, minério de ferro e cobre (SP-GLOBAL, 2020). A diminuição da demanda de matéria-prima e produtos refinados associada à diminuição da atividade industrial levou à redução da poluição emitida na China (BLOOMBERG, 2020).

Segundo a Agência Internacional de Energia - AIE (IEA, 2020), houve uma redução de emissões de dióxido de carbono (CO₂) calculada em 9,6 milhões de toneladas, no primeiro trimestre de 2020. Com a quarentena instituída em muitos países, muitas indústrias pararam de operar – ou reduziram drasticamente sua operação.

Segundo Varella (2003, p. 256- 257), o artigo XX do GATT, que instituiu a Organização Mundial do Comércio, é a base que permite concretizar as exceções à liberdade de comércio, fundamentada na defesa do meio ambiente. Ora, o meio ambiente é o local onde a humanidade desenvolve o bem-estar e goza de saúde. Tal dispositivo é perfeitamente aplicável às restrições comerciais em época de quarentena.

A ONU falou em melhoria da qualidade do ar neste período (EBC, 2020). Isso se deve a fatores como a menor circulação de veículos, por exemplo. Embora em outras análises possa se constatar pontos negativos da Pandemia, para o meio ambiente o impacto dela pode ser considerado positivo.

2. COVID-19 NO BRASIL

O presente capítulo relembrará os primeiros casos de COVID-19 em território nacional, além de apresentar alguns dispositivos constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis à pandemia. Por fim, mostrará alguns impactos positivos e negativos do vírus no Brasil.

2.1 A ORIGEM DO CORONA VÍRUS EM SOLO PÁTRIO

Conforme os registros mais recentes do Ministério da Saúde, o primeiro caso de COVID-19 no Brasil data de 23 de janeiro de 2020. Antes, a pasta considerava um diagnóstico divulgado em 26 de fevereiro como sendo a chegada do coronavírus no País (ESTADÃO, 2020).

Uma mulher de 75 anos, falecida em 23 de janeiro, em Minas Gerais, estava diagnosticada com o COVID-19. Foi o primeiro caso no país e com óbito. A descoberta foi feita por meio de uma investigação retroativa. O caso da paciente mineira foi o único registrado em janeiro, ao que se sabe (EM, 2020) Até o momento, a situação é pior do que o que aconteceu no primeiro mês na Itália. (OLHAR DIGITAL, 2020)

Sobre a ação contra a disseminação do COVID- 19, a Portaria nº 356, de 11 de março de 2020, prescreve que: uma pessoa no Brasil apresentar sintomas respiratórios – febre, tosse, dor de garganta ou dificuldade para respirar – a(o) médica(o) vai prescrever o isolamento

e emitir o atestado para o doente e todas as pessoas que residem no mesmo domicílio (mesmo que não apresentem sintomas) por 14 dias.

2.2 DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO CASO

A saúde é um direito social, conforme o Capítulo II, art. 6º caput da Constituição Federal brasileira. Para a melhoria de sua condição social, é direito dos trabalhadores urbanos e rurais o acesso à saúde (art. 7º, IV). A Carta Magna também garante que medidas de saúde podem ser adotadas para a redução dos riscos inerentes ao trabalho (art. 7º, XXII).

É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública (art. 23, II). A competência legislativa sobre defesa da saúde é atribuição concorrente da União, aos Estados e ao Distrito Federal. (art. 24, XII).

Já os serviços de atendimento à saúde da população são de competência dos Municípios - com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado (art. 30, VII). A intervenção federal nos Estados e Municípios é possível para assegurar a observância da aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, nas ações e serviços públicos de saúde (art. 34, VII, e).

A Constituição aborda, ainda, a Seguridade Social como meio para garantir a saúde (art. 194, caput). A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196).

Dispositivos constitucionais não faltam para embasar as ações públicas de saúde relacionadas ao COVID-19. O Governo tem tomado diversas atitudes. Adiante ver-se-ão um apanhado de diplomas legais gerados em tempos de pandemia. São dezenas de leis, decretos, portarias e medidas provisórias criados na busca de conter o avanço do COVID-19 no Brasil.

2.3 A LEI Nº 13.979/2020 E DEMAIS DISPOSITIVOS LEGAIS APLICÁVEIS

Os impactos jurídicos do COVID-19 no Brasil começaram em 4 de fevereiro de 2020. Foi declarada a Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV), por meio da Portaria nº 188/2020.

Três dias depois, veio a Lei nº 13.979/2020, a qual dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Em 16 de março do mesmo ano foi instituído o Comitê de Crise para Supervisão e Monitoramento dos Impactos da Covid-19, por meio do Decreto nº 10.277/2020.

O Relatório nº 73 da OMS, de 02 de abril de 2020 (OMS, 2020) afirma que:

As the COVID-19 outbreak continues to evolve, we are learning more about this new virus every day. Here we summarize what has been reported about transmission of the COVID-19 virus, and provide a brief overview of available evidence on transmission from symptomatic, pre-symptomatic and asymptomatic people infected with COVID-19¹²⁵.

Cientistas publicaram um novo estudo sobre coronavírus a cada três horas. (FOLHA, 2020). Ou seja, a ciência busca por respostas. Mas ainda há muita incerteza científica quando se trata de COVID-19. Ainda não há prevenção contra a doença. Não houve tempo hábil para desenvolver vacinas e, nem ao menos, medicamentos.

Resta, então, aplicar ao caso concreto o Princípio da Precaução (MACHADO, 2011, p. 84-85). Com fundamento em tal princípio,

125 Tradução livre: À medida que o surto de COVID-19 continua a evoluir, aprendemos mais sobre esse novo vírus todos os dias. Aqui resumimos o que foi relatado sobre a transmissão do vírus COVID-19 e fornecemos uma breve visão geral das evidências disponíveis sobre a transmissão de pessoas sintomáticas, pré-sintomáticas e assintomáticas infectadas com COVID-19.

diversos Estados e Municípios brasileiros adotaram o regime de quarentena. Para organizar a situação, o Presidente da República editou o Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, que regulamenta a Lei nº 13.979/2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais.

Até o momento do fechamento do presente trabalho, em 3 de abril de 2020, só o Governo Federal trouxe ao mundo jurídico brasileiro mais de 50 diplomas legais relacionados diretamente ao COVID-19 (PLANALTO, 2020). Isso sem contar a diversificada legislação estadual e municipal sobre o tema – o que pode ser objetivo de futura pesquisa. Consta-se que tal pandemia trouxe grandes repercussões jurídicas no âmbito nacional.

2.4 OS IMPACTOS DO COVID-19 NO BRASIL

Até o dia 2 de abril de 2020, foram registrados 7.910 casos e 299 mortes por COVID-19 confirmados no Brasil. O Ministério da Saúde brasileiro declarou que há transmissão comunitária da COVID-19 em todo o território nacional (PAHO, 2020).

As mortes ocorreram nos seguintes estados: São Paulo (188), Rio de Janeiro (41), Ceará (20), Pernambuco (9), Rio Grande do Sul (5), Paraná (4), Distrito Federal (4), Piauí (4), Minas Gerais (4), Bahia (3), Amazonas (3), Santa Catarina (2), Rio Grande do Norte (2), Sergipe (2), Pará (1), Rondônia (1), Alagoas (1), Maranhão (1), Paraíba (1), Espírito Santo (1), Goiás (1) e Mato Grosso do Sul (1). (PAHO, 2020)

Já o Ministério da Saúde anunciou, em 3 de abril de 2020, que subiu para 359 o número de mortes em decorrência do novo coronavírus no Brasil — aumento de 60 mortes confirmadas nas últimas 24 horas. No total, são 9.056 casos oficiais confirmados no país até agora, segundo o governo — 1.146 casos novos de ontem para hoje — com uma mortalidade de 4%. (UOL, 2020)

Mas nem só de dados estatísticos preocupantes vive o Brasil. Desde 20 de março, a Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (Cetesb) tem registrado, em todas as 29 estações de monitoramento da região, qualidade do ar boa para os poluentes primários, aqueles emitidos diretamente pelas fontes poluidoras. (SÃO PAULO, 2020) Situação similar foi constatada em seu estado vizinho: o Rio de Janeiro (EBC, 2020)

A maior contribuição científica do Brasil ao mundo nesta pandemia foi o sequenciamento completo do segundo isolado viral. Foi concluído em apenas 24 horas, por pesquisadores do Instituto Adolfo Lutz e da USP, apoiados pela Fapesp. (USP, 2020). O trabalho da Fundação Oswaldo Cruz- FIOCRUZ, é outra grande contribuição brasileira à comunidade científica na luta pelo fim da pandemia. Distribuiu, até 20 de março, 30 mil testes diagnósticos para o novo coronavírus. (FIOCRUZ, 2020)

Nos Estados Unidos e na China há pesquisas em andamento para o desenvolvimento de vacinas contra o COVID-19. Porém, pesquisadores brasileiros propõem uma nova forma de fabricá-las. (GALILEU, 2020) Ademais, pesquisadores do Instituto de Biologia da Unicamp participaram de força-tarefa e elaboraram um teste rápido para a detecção do COVID-19 (UNICAMP, 2020). A pandemia avança, mas a ciência brasileira tem dado respostas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O COVID-19 alcançou o Brasil numa velocidade maior que a esperada. Porém, com a ajuda de organismos internacionais – como a ONU e a OMS – medidas preventivas foram tomadas desde o início da chegada da pandemia em solo nacional. O trabalho dividiu-se dois capítulos.

O primeiro capítulo abordou a origem do Corona Vírus, bem como as recomendações da Organização Mundial da Saúde para a contenção da atual pandemia. Em seguida, tratou sobre relação da atuação da OMS com os objetivos do desenvolvimento sustentável. Por fim, apresentou alguns exemplos de impactos ambientais do COVID-19 no mundo.

Pôde-se constatar, de acordo com os dados apresentados no capítulo nº 1, que a comunidade científica diverge quanto ao hospedeiro intermediário do Corona Vírus. Porém, concorda em afirmar que a pandemia teve origem na China e de lá se espalhou para o mundo.

Verificou-se, também, que a atuação da OMS no combate ao COVID-19 tem pleno fundamento na Agenda 2030 da ONU, guardando especial correlação com o seu art. 3º e respectivas metas, que tratam

da questão da saúde planetária. O capítulo finalizou trazendo alguns dados sobre as positivas consequências ambientais da pandemia, como a significativa redução de emissões de dióxido de carbono (CO₂) e a melhoria da qualidade do ar.

O segundo capítulo relembrou os primeiros casos de COVID-19 em território nacional, além de apresentar alguns dispositivos constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis à pandemia. Por fim, mostrou alguns impactos positivos e negativos do vírus no Brasil.

Pôde-se verificar de acordo com o disposto no capítulo nº 2, que o primeiro caso de COVID-19 no Brasil não aconteceu em fevereiro, mas em janeiro de 2020 – conforme novos dados do MMA. Em seu primeiro caso nacional, a doença fez sua primeira vítima. Viu-se que a Constituição Federal é farte de dispositivos a favor da contenção do vírus no Brasil.

O 2º capítulo foi encerrado com uma apresentação de dados sobre a mortalidade por COVID-19 até a última contagem governamental. O trabalho encerrou-se apresentando consequências ambientais positivas da quarentena ao Brasil, além de mostrar o esperançoso andamento da pesquisas científicas pátrias relacionadas à pandemia.

Conclui-se que os Estado brasileiro está juridicamente amparado em relação ao COVID-19. Os impactos ambientais da doença são positivos. Cabe agora aos cidadãos observar e cobrar dos governantes ações políticas que façam *jus* ao aparato jurídico criado para enfrentar a pandemia que parou o mundo.

REFERÊNCIAS

ABRIL. **OMS decreta pandemia do novo coronavírus. Saiba o que isso significa.** Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/oms-decreta-pandemia-do-novo-coronavirus-saiba-o-que-isso-significa/> Acesso em 03 abr 20.

BLOOMBERG. Are you a robot? Disponível em: <https://www.bloomberg.com/tosv2.html> Acesso em 03 abr 20.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. **Lei nº 13.979, de 6.2.2020.** Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Publicada no DOU de 7.2.2020

_____. **Decreto nº 10.277, de 16.3.2020.** Institui o Comitê de Crise para Supervisão e Monitoramento dos Impactos da Covid-19. Publicado no DOU de 16.3.2020 - Edição extra

_____. **Portaria nº 188, de 3.2.2020.** Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Publicada no DOU de 4.2.2020

EBC. **Qualidade do ar na China melhora devido ao COVID-19, afirma ONU.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2020-03/qualidade-do-ar-na-china-melhora-devido-ao-covid-19-afirma-onu> Acesso em 03 abr 20.

_____. **Qualidade do ar melhora com isolamento social no Rio.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-04/qualidade-do-ar-melhora-com-isoamento-social-no-rio> Acesso em 03 abr 20.

ELPAIS. **Crescem as evidências de que o pangolim foi o animal de origem do coronavírus.** Disponível em: <https://brasil.el-pais.com/ciencia/2020-03-27/crescem-as-evidencias-de-que-o-pangolim-foi-o-animal-de-origem-do-coronavirus.html> Acesso em 03 abr 20.

EM. **Primeira morte de COVID-19 no Brasil foi em Minas Gerais, informa Ministério da Saúde.** Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2020/04/02/interna_nacional,1135097/primeira-morte-de-covid-19-no-brasil-foi-em-minas-informa-governo.shtml Acesso em 03 abr 20.

ESTADÃO. **Primeiro caso da covid-19 no Brasil é do fim de janeiro, diz Ministério da Saúde.** Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,primeiro-caso-da-covi->

d-19-no-brasil-e-do-fim-de-janeiro-diz-ministerio-da-sau-
de,70003258394 Acesso em 03 abr 20.

FIOCRUZ. Covid-19: que vírus é esse? Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/covid-19-que-virus-e-esse> Acesso em 03 abr 20.

_____. **Fiocruz já distribuiu 30 mil kits para diagnóstico do novo coronavírus.** Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/fiocruz-ja-distribuiu-30-mil-kits-para-diagnostico-do-novo-coronavirus> Acesso em 03 abr 20.

FOLHA. **Cientistas publicam um novo estudo sobre coronavírus a cada três horas; China lidera.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/04/cientistas-publicam-um-novo-estudo-sobre-coronavirus-a-cada-tres-horas-china-lidera.shtml> Acesso em 03 abr 20.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade.** In: Dicionário de Políticas Públicas: volume 2/ Carmen Lúcia Freitas de Castro, Cynthia Rúbia Braga Gontijo, Luciana Moraes Raso Sardinha Pinto (organizadores). – Barbacena: EdUEMG, 2015.

GALILEU, Revista. **Como são as vacinas para a Covid-19 testadas no Brasil, nos EUA e na China.** Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Saude/noticia/2020/03/como-sao-vacinas-para-covid-19-testadas-no-brasil-nos-eua-e-na-china.html> Acesso em 03 abr 20.

IEA. **Data and statistics.** Disponível em: <https://www.iea.org/data-and-statistics/data-tables?country=WORLD> Acesso em 03 abr 20.

JUNDIAÍ, Jornal de. **OMS diz que só isolamento controlará covid-19 e anuncia morte de crianças.** Disponível em: <https://www.jj.com.br/brasil-e-mundo/oms-diz-que-so-isolamento-controlara-covid-19-e-anuncia-morte-de-criancas/> Acesso em 03 abr 20.

MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. **Direito Ambiental Brasileiro.** 19ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

NATURE. **Coronavirus latest:** confirmed cases cross the one-million mark. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/d41586-020-00154-w> Acesso em: 03 abr 20.

OLHAR DIGITAL. **Covid-19:** Brasil contabiliza 359 mortes e 9.056 casos confirmados. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/coronavirus/noticia/covid-19-sobe-para-78-o-numero-de-mortos-no-brasil-2-915-casos-confirmados/98089> Acesso em: 03 abr 20.

ONU. **OMS manifesta preocupação com escalada de COVID-19 à medida que número de casos se aproxima de 1 milhão.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/oms-manifesta-preocupacao-com-escalada-de-covid-19-a-medida-que-numero-de-casos-se-aproxima-de-1-milhao/> Acesso em 03 abr 20.

PAHO. **Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus).** Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875 Acesso em: 03 abr 20.

PLANALTO. **Legislação COVID-19.** Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-covid-19> Acesso em: 03 abr 2020.

R7. **Covid-19: China determina nova quarentena; entenda os impactos no agronegócio brasileiro.** Disponível em: <https://noticias.r7.com/tecnologia-e-ciencia/mortalidade-da-covid-19-na-china-foi-abaixo-do-esperado-diz-estudo-19032020> Acesso em 03 abr 20.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável.** Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SÃO PAULO. **COVID-19:** Cetesb constata diminuição da poluição em SP durante a quarentena. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/ultimas-noticias/covid-19-cetesb-constata-diminuicao-da-poluicao-em-sp-durante-a-quarentena/> Acesso em 03 abr 20.

SAÚDE, Ministério da. **O que é o coronavírus?** Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/>. Acesso em 03 abr 20.

_____. **Portaria nº 356, de 11 de março de 2020:** Dispõe sobre a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que estabelece as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19).

SPGLOBAL. **Commodity Tracker: Coronavirus and commodity markets.** Disponível em: <https://www.spglobal.com/en/research-insights/articles/commodity-tracker-coronavirus-and-commodity-markets> Acesso em 03 abr 20.

UNICAMP. Da pesquisa básica ao diagnóstico, integração é a principal arma da Unicamp contra Covid-19 Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/noticias/2020/04/02/da-pesquisa-basica-ao-diagnostico-integracao-e-principal-arma-da-unicamp-contr> Acesso em 03 abr 20.

USP. **Sequenciamento identifica genomas diferentes nos dois casos brasileiros de coronavírus.** Disponível em: <https://jornal.usp.br/ciencias/ciencias-da-saude/sequenciamento-identifica-genomas-diferentes-nos-dois-casos-brasileiros-de-coronavirus/> Acesso em 03 abr 20.

UOL. **Coronavírus no Brasil:** país tem 60 mortos em 24 h e 9.056 casos confirmados. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimasnoticias/redacao/2020/04/03/coronavirus-brasil-casos-mortes-3-abril.htm?cmpid=copiaecola> Acesso em 03 abr 20.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional econômico ambiental.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DECISÕES POLÍTICAS E A QUESTÃO DOS PRECEDENTES NO BRASIL

Renan Cauê Miranda Pugliesi

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretendeu analisar o Poder Judiciário enquanto parte de uma estrutura harmônica de origem histórica distante e que sofreu diversas alterações, passando por uma reconstrução de seus conceitos e elementos até chegar à atualidade. A partir da análise dos arranjos atuais das funções estatais, foi possível vislumbrar como o Judiciário tem atuado, diante de um sistema de precedentes que se tem tentado implementar na estrutura jurídica brasileira.

A importância de se analisar tal tema reside na necessidade de ir para além da lei e verificar a viabilidade de aplicação de um sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, tema que ganha novos contornos com a nova legislação processual e que abriga ainda muitas incertezas e divergências, algo potencializado pelo atual panorama vivenciado no Brasil, de grande instabilidade da democracia e do sistema político.

Para tanto, foi essencial a utilização de Dalmo Dallari para compreensão da tripartição de poderes, além de pesos e contrapesos. Além disso, Luís Roberto Barroso foi a principal fonte para a compreensão das decisões políticas por parte do Judiciário. Por fim, Marinoni e Mitidero, principalmente, deram as bases para falar sobre a questão precedentes.

Por fim, fez-se uso do método dedutivo, uma vez que se analisou a separação dos poderes e sua evolução e remodelamento, para,

num segundo momento, analisar a atuação do Poder Judiciário brasileiro enquanto política para, por fim, inserir nestes parâmetros gerais a questão dos precedentes. Além disso, fez-se uso da técnica de pesquisa bibliográfica indireta, através da consulta a obras e artigos científicos.

1 DA SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS

Antes de mais nada, é seguro afirmar que o poder decorre da vida em sociedade. De fato, para que se possa garantir liberdades mínimas, a paz e o bem-estar social, é necessário que haja um poder em atuação, a intervenção de uma “força maior” no ambiente comunitário, a fim de que exerça controle sobre os membros sociais, impondo modelos, condutas, limitações e até sacrifícios, sem os quais a vida em sociedade estaria fadada ao fracasso.

Preliminarmente, pode-se dizer que o poder consiste em “uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins” (SILVA, 2011, p. 107), o que dá vida à sociedade, mantendo-a com o mínimo de organização e estabilidade. Entretanto, José Afonso da Silva (2011, p. 107) propõe a existência de uma pluralidade de poderes (algo mais didático que uma realidade ontológica), afirmando que o poder político prevalece sobre os demais poderes sociais, regendo-os e dominando-os, de forma a conduzir as relações entre grupos e indivíduos na sociedade.

O fato é que o poder existe e se faz presente de forma institucionalizada. De fato, a partir do momento em que ficou perceptível aos olhos da sociedade a defasagem entre o que se espera do poder e o personagem carnal que o exerce, embora este último seja necessário, começou-se a busca por uma visão mais pura e duradoura, como o é a figura do Estado, forma institucionalizada do poder, transferido das pessoas aos governantes, para seu exercício (BOURDEAU, 2005, p. 10-12).

Corroborando com a tese:

O Estado [...] surgirá quando *o poder for institucionalizado*. [...] A institucionalização do poder, em última análise, quer dizer que ele não mais é personalizado, ou seja, não mais se confun-

de com a pessoa ou pessoas que o exercem, passando a existir independentemente daquelas quando se afastam de seus postos de mando, nem depersonalizado, isto é, não é mais difuso e mutável, de acordo com as mudanças repentinas dos destinos sociais (FILOMENO, 2009, p. 65, grifo do autor).

Embora se possa falar na materialização do poder, uno e indivisível, na figura do Estado, Montesquieu (2002, p. 165-166) sistematizou e solidificou uma concepção de “tripartição dos poderes”, que, embora não tenha cindido o poder – e não poderia –, causou impactos importantes na forma de exercê-lo, de modo a expor essas três funções primordiais do Estado bem definidas.

O filósofo francês preocupava-se com a forma de atuação daqueles que “detinham o poder”, ou seja, daqueles que estavam à frente do Estado e poderiam dele se utilizar para exercer um governo de tiranos, suprimindo a liberdade dos cidadãos que há tanto se tentava garantir e resguardar. A desconcentração do poder, assim, fez-se essencial, a fim de evitar que os membros sociais e seus direitos de liberdade estivessem à mercê do governante, detentor das leis e sua aplicação.

Fica claro, assim, que Montesquieu realizou uma sistematização coerente e executável, com base num pressuposto lógico de se atribuir funções políticas a pessoas distintas (MACHADO, 2012, p. 86), sistematização seguida por boa parte dos Estados existentes.

Não obstante a isso, duas ressalvas precisam ser feitas. A primeira diz respeito à terminologia. O que por muito tempo se afirmou, com base na obra de Montesquieu, sob o título “Separação de Poderes”, hoje está rechaçado pela grande maioria dos doutrinadores, uma vez que, como lembra Machado (2012, p. 86-87), o entendimento evoluiu de forma que não se vislumbram três poderes, ou Estados, mas uma *separação de funções* para a melhor realização dos fins estatais.

Se, inicialmente, a separação de poderes incorporou-se ao constitucionalismo para garantir os direitos individuais do cidadão frente à força do governante, posteriormente, contudo, adaptado a novas concepções e à realidade distinta, a teoria foi desenvolvida com o fim de que a separação possibilitasse, também,

o aumento da eficiência do Estado, em razão da maior distribuição das atribuições para órgãos especializados (DALLARI, 2013, p. 214).

Essas noções levam à segunda ressalva.

Após um tempo, verificou-se que a teoria tripartite não mais estava atendendo a contento aos anseios sociais como fórmula a organizar e estruturar o Estado – e, em última instância, o poder. Assim, a teoria da separação dos poderes acabou sendo relativizada com o passar do tempo, ocasionando alterações na formulação sistematizada por Montesquieu:

Os diversos sistemas constitucionais modernos demonstravam variadas formas de combinações para o exercício dos três poderes e, por consequência, a doutrina perdeu muito de sua rigidez e pureza dogmática. Durante o século vinte e em especial desde a segunda guerra mundial, o envolvimento governamental, em inúmeros aspectos da vida econômica e social dos indivíduos, resultou em um alargamento da esfera de ação do poder executivo. Aqueles que consideram essa concentração exacerbada de poder uma ameaça à liberdade individual têm defendido o estabelecimento de meios de se insurgir contra as decisões executivas e administrativas [...] ao invés de rediscutir a doutrina da separação de poderes (TAVARES, 2011, p. 63).

Como consequência disso, fez-se necessária a elaboração de uma sistemática que impusesse limitações às funções estatais entre si – como visto, divididas em órgãos que representam, na verdade, um ente só: o Estado (MACHADO, 2012, p. 86) –, dando origem, assim, a uma inovadora construção doutrinária conhecida por *sistema de freios e contrapesos*. Essa teoria deve ser analisada e avaliada como imprescindível, uma vez ser resultado da confluência de dois dos princípios mais relevantes na atualidade, a dizer, Separação dos Poderes e Estado Democrático (DALLARI, 2013, p. 218) – conforme nomenclatura da Constituição Federal de 1988. A teoria dos *checks and balances* consiste num importante sistema de fortalecimento estrutural da democracia, ao abarcar um sistema de dois pesos que se equiparam e dão equilíbrio,

forças opostas que se equivalem e se estabilizam, trazendo ainda mais garantias aos governados.

A formulação advinda da doutrina americana consiste em uma teorização a ser aplicada essencialmente em formas constitucionais de governo, principalmente nas formas de governo tripartite. É princípio de Estado, pelo qual os diferentes ramos do poder detêm a prerrogativa de prevenir e impedir as ações uns dos outros, sendo forçados a compartilhar o poder estatal, vale ressaltar, uno e indivisível (TAVARES, 2011, p. 63). Assim, em razão desta divisão, nenhuma das funções estatais assume maior peso que as outras – ao menos em teoria –, impondo limitação uns aos outros.

Há que se notar, contudo, que o sistema não é impassível às críticas:

Outro argumento importante contra o sistema é que ele jamais conseguiu assegurar a liberdade dos indivíduos ou o caráter democrático do estado. A sociedade plena de injustiças criadas pelo liberalismo, com acentuadas desigualdades e a efetiva garantia de liberdade apenas para um pequeno número de privilegiados, foi construída à sombra da separação dos poderes. Apesar desta, houve e tem havido executivos antidemocráticos e que transacionam *de fato* com o poder legislativo, sem quebra das normas constitucionais. Não raro, também o legislativo, dentro do sistema de separação dos poderes, não tem a mínima representatividade, não sendo, portanto, democrático. [...] Assim, pois, a separação dos poderes não assegurou a liberdade individual nem o caráter democrático do Estado (DALLARI, p. 219, grifo do autor).

Nessa linha, é preciso não olvidar que o contexto atual, no Brasil, denota uma instalada e infundável crise de representatividade, em que os detentores de funções políticas pouco conseguem atender aos anseios populares; Executivo e Legislativo ganham evidência em escândalos de corrupção que simbolizam, quiçá, uma *crise democrática*.

Diante desse contexto de instabilidade e crise de representatividade, novas vozes têm se erguido com vistas a criticar a tripartição das funções estatais:

Críticas mais recentes se dirigem a outro aspecto fundamental que lembra a polêmica a respeito dos poderes e das funções do Estado. Como se tem observado, a separação de poderes foi concebida num momento histórico em que se pretendia limitar o poder do Estado e reduzir ao mínimo sua atuação. Mas a evolução da sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado. Este passou a ser cada vez mais solicitado a agir, ampliando sua esfera de ação e intensificando sua participação nas áreas tradicionais. Tudo isso impôs uma necessidade de uma legislação muito mais numerosa e mais técnica, incompatível com os modelos da separação dos poderes. O legislativo não tem condições para fixar regras gerais sem ter conhecimento do que já foi ou esta sendo feito pelo executivo e sem saber que meios este dispõe para atuar. O executivo, por seu lado, não pode ficar à mercê de um lento processo de laboração legislativa, nem sempre adequadamente concluído, para só então responder às exigências sociais, muitas vezes graves e urgentes (DALLARI, 2013, p. 219).

Nos dias atuais, além da já exposta crise envolvendo questões de representação e desconfiança, as funções estatais não podem depender umas das outras, ou ficar reféns da vontade de atuação das demais. Quando, por exemplo, o Legislativo se omite, estando imerso em inércia duradoura e, por vezes, proposital, diante de decisões acerca de temas mais difíceis e delicados, os outros Poderes não podem relegar a população ao desamparo, no aguardo da boa vontade legislativa dos congressistas.

Na falta de uma formulação que possa substituir a separação de funções, sua reinterpretação e readaptação às realidades vivenciadas em cada Estado acaba surgindo como o melhor caminho, devendo o Brasil, portanto, lidar com sua crise através do repensar do modelo aplicado.

2 PODER JUDICIÁRIO E DECISÕES POLÍTICAS

De início, cabe mencionar que se vivencia, atualmente, um período de tamanha complexidade e difícil compreensão que talvez não haja outro semelhante no histórico brasileiro. Tem-se instaurada, conforme

assevera Marcos Nobre (2016, *passim*), uma verdadeira *crise das instituições democráticas*, em que os poderes políticos deixaram de representar os anseios populares.

Safatle (2017, *passim*) atribui tal estado de crise ao esgotamento de um modelo de governo oligárquico, de controle por parte das elites, calcado ora em políticas populistas, ora em modelos de democracia liberal – alternância que o autor assimila a um movimento pendular. Contudo, segundo ele, nos últimos anos de movimento deste pêndulo, houve um esgotamento do governo populista que intitulou de “lulismo”, com a falência do modelo de gestão de interesses das mais variadas classes e que buscou atender a pautas de agendas que, por vezes, se apresentavam como opostas. Houve um colapso de uma estratégia de governo que não tinha aptidão para perdurar.

Além disso, há que se atentar, conforme lembra Avritzer (2016, *passim*), para o desgaste do sistema de estruturação e manutenção do poder, calcado num modelo de partidarismo de coalizão, em que este poder se mantém com aqueles que conseguem se articular em quantidade suficiente para formar uma maioria, algo que se dá através de trocas de favores, concessão de cargos, favorecimentos mútuos, dentre outras práticas, consideradas de corrupção, um dos maiores males da sociedade atual.

Aliás, a questão da corrupção chama a atenção, pois esta atrasa o desenvolvimento econômico e social, restringe a vontade soberana do povo enquanto detentor do poder, gera promiscuidade entre os poderes político e econômico, ressalta privilégios e desigualdades, acaba por destruir a cidadania, além, sobretudo, de enfraquecer a democracia. É um mal sistêmico, estando incrustada na formação oligárquica de um Estado extremamente patrimonialista, o que gera uma atuação repressiva mais árdua perante os pobres, mas uma ínfima – quando não inexistente – atuação quando se trata de crimes envolvendo a elite política nacional (CAMBI, 2016, p. 672). Isso macula todo o sistema político, de forma que os arranjos passam a atuar sob interesses que não aqueles da população, tornando-se destituídos de sua própria essência enquanto entidades representativas.

Perante tal conjuntura, concatenando todos os elementos, acaba por vir à tona a noção de *crise de representatividade*, em que os interesses

da população não apenas deixam de permear os projetos e pautas de discussão das instituições democráticas, como se percebe um verdadeiro descaso da noção de representação bem como dos anseios sociais, mesmo os mais elementares, que deixam de ser regulamentados. O anseio por políticas públicas torna-se quase uma jornada em busca de uma utopia, pois os Poderes Legislativo e Executivo, por diversas vezes, não apenas se omitem em razão de interesses externos, mas assumem a inércia para evitar enfrentar determinados temas. Deixa-se de falar em poderes inertes, para se vislumbrar, por vezes, um vácuo de poder, como se as funções estatais essencialmente políticas sequer existissem.

Diante desse panorama, surge o Judiciário como um raio de esperança para a população que carece de representação e de uma atuação voltada para a concretização de seus direitos mais elementares. Como obtempera Marco Aurélio Romagnoli Tavares (2011, p. 105):

Dentro das relações de poder, intrínsecas ao Estado, surge a figura proeminente do Judiciário, hoje o poder em voga no Brasil, já que está em curso uma gradativa execução de uma forma de ativismo judicial, capitaneado pelo STF, ou seja, diante da clara impossibilidade da existência de vácuo de poder, decorrente diretamente de um legislativo inoperante, dominado por escândalos de corrupção, bem como de um executivo anabolizado, que busca dominar politicamente todas as esferas de poder. Surge a figura protagonista dos tribunais e de magistrados que aos poucos buscam limitar os excessos praticados pelas administrações, assim como suprir a ausência de definições legislativas que deveriam acompanhar os avanços econômicos, sociais e científicos.

Entretanto, há um grande risco em se depositar toda a esperança da população no Judiciário. Isso porque, como alerta Luís Roberto Barroso (2011, p. 306), o Supremo Tribunal Federal, embora seja órgão integrante do Poder Judiciário, não se encontra imune ao aspecto político de sua tomada de decisões, de sorte que, diante desse cenário marcado pelo vácuo de poder ocasionado pela omissão do Executivo e Legislativo, ou diante da situação em que aquele Tribunal invalida

os atos destes, sua atuação volta-se à construção de teses jurídicas, à mutabilidade constitucional e ao processo de integração das lacunas constitucionais, de modo que se abre margem para discussões acerca do ativismo e autocontenção judicial, dificuldade contramajoritária, enfim, decisões com margem para fundamentação política em geral.

Afirme-se, entretanto, que não é apenas a Corte Suprema que ganha destaque neste cenário. As demais instâncias da função jurisdicional também vivenciam tais situações envolvendo a possibilidade de assunção de posturas mais políticas que jurídicas, notadamente diante do sistema misto de controle de constitucionalidade adotado pelo ordenamento jurídico pátrio. Todo e qualquer julgador, no exercício de sua função e em razão dela mesma, está sujeito a julgamento que, ainda que não assuma uma conotação política, no sentido de se balizar por questões relacionadas a interesses de parcelas da sociedade que almejam alguma espécie de representação, podem acabar por se afastar das fundamentações jurídicas, deixando-se influenciar por questões internas e externas das mais variadas.

Lembra Barroso (2011, *passim*) que, apesar das normas sempre oferecerem balizas à interpretação, o aplicador do Direito tem amplo campo de atuação, principalmente no que atine à interpretação da Constituição, pois não é possível olvidar que o seu julgamento, de forma consciente ou inconsciente, será afetado por sua prévia compreensão de mundo, do Direito e da realidade que se apresenta, bem como da sociedade que o cerca. O julgador acaba atuando dentro de um plano cognitivo próprio, o que abarca uma bagagem moral e intelectual, permeada com um conteúdo ético e socioideológico pessoais. Aliás, mesmo fatores de ordem institucional e propriamente políticos podem alterar uma decisão, ainda que no plano do inconsciente.

Nesse sentido, Pugliesi (2015, p. 139):

Assim, tanto fatores internos, de convicção pessoal, como fatores externos, de pressões políticas e por parte de grupos econômicos, comoção social, interferências da mídia, vastidão de processos por julgar – alguns que perduram há muitos anos – e a repercussão negativa que isso atrai, todos esses fatores podem influenciar na decisão.

Por tais razões, o dever de motivação do julgador se afigura de grande relevância, uma vez que só a partir de sua concretização que se faz possível o controle social das decisões judiciais. Sem o seu efetivo cumprimento, abre-se margem para decisões que exorbitam uma racionalidade jurídico-argumentativa razoável, de sorte que os processos acabam por se tonar verdadeiros bilhetes de loteria, sem qualquer previsibilidade e em franca afronta à segurança jurídica.

Há um problema claro em se aceitar que o Poder Judiciário, notadamente na figura de seus órgãos de superposição (STF e STJ), decidam por razões outras que não aquelas balizadas em normas jurídicas postas, ou que extrapolem as margens dessas para integrar uma lacuna deixada pelos demais Poderes, que consiste na seguinte questão: da mesma forma que o Judiciário pode atuar de forma proativa, garantindo e expandindo direitos, é possível verificar atuações autocontenciosas, em que algumas questões são “engavetadas”, diante da complexidade da problemática, de sorte que dificilmente serão enfrentadas – salvo extrema necessidade ou intenso clamor popular. Afinal, se é possível justificar a ampliação na salvaguarda de direitos sob os títulos de interpretação constitucional, mutação constitucional ou interpretação conforme a Constituição, também é possível restringi-los, ainda mais se estiverem em um contexto de confronto de direitos fundamentais, em que estes podem ser sopesados e relativizados.

3 PARADOXO ESSENCIAL: A INCOMPATIBILIDADE DOS PRECEDENTES E A ATUAÇÃO DAS CORTES EXTRAORDINÁRIAS

Conforme sabido, o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) trouxe, como uma das grandes características inovadoras relativas à sistemática que se almeja implementar, a pretensão de ampla valorização dos precedentes no âmbito processual nacional. Isso significa a busca por uma reestruturação não apenas institucional que, para além da já realizada reformulação legislativa – e que carece, em verdade, de outras alterações mais profundas a nível estrutural, como se verá –, carece também de uma virada epistemológica na cultura jurídica.

Boaventura de Souza Santos (2011, p. 87-97), ao tecer críticas à Justiça da atualidade e oferecer caminhos para uma “revolução democrática da justiça”, propõe alterações para que tal se dê. Isso passaria, necessariamente e dentre outros pontos, pela alteração dos parâmetros acerca do ensino jurídico e a formação dos profissionais no Brasil. Para o autor, o ensino jurídico como hoje se dá cria um distanciamento com a realidade social, culminando em profissionais que primam por uma aplicação técnico-burocrática do Direito, longe de qualquer primado democrático e de justiça. Ainda, seria preciso haver uma reforma nos modelos de recrutamento e formação dos profissionais do Direito, com enfoque nas escolas da magistratura. Estas correm o risco de cometer os mesmos erros cometidos pelas faculdades, ou reafirmá-los, ao pressupor que o estudante do Direito sai com conhecimento suficiente para lidar com todos os aspectos atinentes não apenas ao trabalho que será exercido, mas todos os demais pontos relevantes de sua vida.

De fato, para que se possa falar em Tribunais que formam parâmetros de entendimento e julgamento a serem seguidos, é preciso ir além do jurista que não consegue transcender aos horizontes da letra da lei – não, é claro, num sentido de ignorá-la ou violá-la. Pretende-se, com isso, formar um profissional que não apenas seja sensível às diversas realidades sociais que o cercam, mas também atue sob uma perspectiva que, além do considerar tais realidades, parta destas. Com isso, não se quer defender uma atuação política e ou à margem da lei, mas que o jurista não deixe de levar em consideração a realidade social sobre a qual os fatos causam seu impacto e na qual a lei vai incidir.

Outrossim, uma nova formação jurídica contribuiria, nesse sentido, para que o jurista passasse a repensar seu atuar, não apenas no sentido de formação e consolidação de precedentes, com uma *ratio decidendi* clara e específica, mas para considerá-los e utilizá-los em suas análises diárias, na aplicação em casos semelhantes, na busca pela *distinguishing* diante das diferenças, bem como de sua superação (*overruling*) quando este precedente não mais se apresentar como apto a regular as relações sociais.

A propósito, questões imbricadas giram em torno da *ratio decidendi*. Isso porque os Tribunais pátrios foram culturalmente condicionados a lidar e prezar pelo resultado, pela parte dispositiva de suas decisões,

como se fosse possível falar em precedentes oriundos da mera soma de votos e do resultado final alcançado (provimento, desprovimento ou parcial provimento). O Direito não se restringe à decisão, muito pelo contrário. A justiça encontra-se na fundamentação, na análise detida que os julgadores fizeram do caso concreto e qual o caminho trilhado para se chegar naquele resultado.

Percebe-se que se deve atentar ao caminho que foi trilhado para se alcançar o resultado, e não encontrar fundamentações para justificar a decisão. Embora aparente ser a mesma constatação, disposta em orações distintas, há uma sutil diferença semântica, que acarreta em uma estrondosa divergência prática. Isso porque, na primeira premissa, não se sabe ainda o resultado, sendo que a reflexão jurídica almeja encontrá-lo. Por outro lado, na segunda passagem, há um resultado previamente encontrado, por lógica, preferência ou razão política, que se busca justificar através de fundamentações jurídicas, que por sua vez podem ser adequadas ou teratológicas.

Tal reflexão, apesar de aparentar um recorte epistêmico sem grande importância, relaciona-se de forma imbricada com a temática trazida à lume por este trabalho. Ora, se a decisão é escolhida de forma pretérita à fundamentação jurídica, que vai buscar, num caminho às avessas, justificá-la, resta patente sua natureza *ajurídica*, de cunho político ou além do Direito, algo que, indubitavelmente, prejudica a formação de precedentes estáveis, pois a *ratio decidendi* alçará voos sobre campos incertos que podem ir desde influências de cunho moral e ordem pessoal, até interferência de outros agentes de influência. Forma-se uma *ratio*, uma razão, que pode beirar à irracionalidade; desnatura-se a essência da expressão, que perde sentido diante da realidade.

Não à toa, a Constituição Federal previu, no artigo 93, IX, a necessidade de fundamentação das decisões, como uma garantia de concretização do Estado Democrático de Direito e medida de legitimação das decisões. O Novo Código de Processo Civil trilhou o mesmo caminho do texto constitucional, ao prever no artigo 11 o mesmo dever de fundamentação das decisões.

As medidas legislativas adotadas, entretanto, têm se mostrado ineficazes na constituição e consolidação de *Cortes de precedentes*. Nesse sentido, Marinoni (2015, p. 13-14) disserta que:

Existe uma simples impossibilidade de continuar a pensar em cortes supremas de correção. Toda e qualquer correção é feita a partir de um parâmetro externo ao ambiente daquele que corrige. [...] Contudo, o modelo de julgamento das Cortes Supremas ainda é o das Cortes de correção, em que importava apenas o resultado ou a parte dispositiva da decisão. Sucede que a Corte atribui sentido ao direito quando apresenta as razões que elucidam o fundamento que determina o alcance do resultado. Por esse motivo, surge um grave problema quando se percebe que os votos dos membros do colegiado sempre tiveram como objeto o resultado do julgamento ou o (im)provimento do recurso e nunca a validade do fundamento que o determina. Esse problema, que faz ver a distinção entre precedente e decisão do recurso, aponta para a necessidade de o julgamento colegiado ser conformado em direção a uma nova realidade.

Assim, retorna-se ao ponto do modo como as decisões são proferidas nas Cortes judiciais, das quais se destaca o Supremo Tribunal Federal como aquela responsável pela preservação da unidade da Constituição Federal e sua interpretação. Este Tribunal entra em destaque em razão da importância de suas decisões, bem como diante da amplitude dos termos que por vezes deve interpretar e delimitar o sentido, abrindo margem a decisões políticas. Contudo, os julgados do STJ não ficam atrás, diante de sua função de integração e unificação da interpretação da lei federal, de grande impacto no cenário jurídico nacional.

Não obstante, Daniel Mitidiero (2018, p. 85, grifo do autor) acredita na necessidade de reconstrução do sistema jurídico nacional, de sorte que as Cortes Supremas – leia-se, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça – devam ter suas funções reinterpretadas:

As Cortes de Precedentes – também conhecidas como Cortes Supremas – visam a outorgar *interpretação prospectiva e unidade do direito* mediante a formação de precedentes. Essas Cortes não devem atuar para conhecer de cada um dos casos concretos decididos pelas Cortes de Justiça a fim de uniformizar a aplicação do direito – em outras palavras, não devem exercer controle retrospectivo sobre as Cortes de Justiça. [...] Isso quer dizer que

essas Cortes de Precedentes têm as suas atividades subordinadas à obtenção dessa finalidade. Não faz sentido, portanto, que conheçam e julguem inúmeros recursos repetidos. *Essas Cortes devem julgar questões constitucionais e federais a partir de um amplo contexto formado pela junção de um, dois ou mais recursos que apresentem de forma completa fundamentos contrastantes para a solução das questões neles postas.*

Nesse sentido trilhou o novo Código de Processo Civil em diversas previsões, com o fim claro de vislumbrar na atuação do STF e STJ uma oportunidade constante de formação de novos precedentes ou reafirmação de precedentes anteriores que foram violados (MITIDIERO, 2018, p. 85), o que evita a flutuação das decisões destes Tribunais e a geração de uma consequente insegurança jurídica.

Referida falta de consistência nas decisões pode ser verificada, por exemplo, no caso da possibilidade de prisão após condenação em segunda instância, em que os julgadores recentes relativizaram o princípio da presunção da inocência, poucos anos após a decisão que o afirmou e que impossibilitava a prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória – além de originar a consequente negação a toda a base teórica e estruturação do próprio pensamento jurídico que justificou tal decisão e se construiu em consequência dela.

Outro exemplo trazido pela doutrina é o caso relacionado às pesquisas com células-tronco, enfrentado pelo STF em razão da proposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510, pelo então Procurador-Geral da República, em que se buscava a declaração da inconstitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, por violar o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, garantidos na Constituição Federal. Nesta ação, os Ministros foram para além da constitucionalidade da lei, definindo questões relacionada à própria regulamentação da lei, mas que, no fim, ficou marcada principalmente pela divergência de fundamentos (BARBOZA, 2014, p. 268-269).

A formação dos precedentes conforme tem se dado vai contra a própria essência do instituto, uma vez que deixa a unidade do Direito Constitucional e Federal à mercê da atuação política dos Tribunais excepcionais, que podem trilhar uma margem muito ampla em suas

análises, principalmente sob os auspícios da interpretação, da mutação constitucional, bem como da interpretação conforme a Constituição, atribuindo a estes órgãos poderes quase ilimitados, que podem levar, sim, à garantia de direitos, mas também ao seu cerceamento.

Estefânia Maria de Queiroz Barboza (2014, p. 285) manifesta que:

[...] defender o respeito à doutrina dos precedentes vinculantes para garantir a previsibilidade das decisões judiciais e a consequente segurança jurídica não significa a impossibilidade de alteração deles, ao contrário, mesmo nos casos de revogação ou distinção de precedentes estar-se-á garantindo a segurança jurídica, pois o que se exige não é a certeza da decisão, mas que os Ministros julguem de acordo com a integridade [conceito advindo de Dworkin], ou seja, comprometidos com uma coerente e defensável visão do conteúdo do direito.

Mais que isso, assegurar a eficácia dos precedentes possui uma importância que transcende ao Direito Processual e suas garantias nos mais variados aspectos, pois não só viabiliza a concretização de direitos fundamentais previstos constitucionalmente, explícita ou implicitamente (como igualdade, segurança jurídica, acesso à justiça), mas também é de extrema relevância para a democracia em um momento de “crise das instituições”.

CONCLUSÃO

A Separação dos Poderes, durante muito tempo, serviu para equilibrar as forças em atuação dentro da estrutura estatal, trazendo, por consequência, certa margem de segurança para a população. Contudo, esse arranjo foi sofrendo adaptações, para o fim de se adequar às novas demandas sociais, bem como à organização da própria sociedade, que passou a exigir uma sistemática mais dinâmica de gestão do poder.

O Poder Judiciário, nos últimos tempos, passou a contar com certo prestígio, exercendo funções de destaque e sobrelevada importância para os arranjos democráticos. Contudo, aliado a isso, muitos questionamentos surgiram acerca do conteúdo dos seus atos decisórios e da

carga valorativa e política trazida, de forma mascarada, encortinada, em cada voto. A atuação política dos órgãos do Judiciário, notadamente das instâncias extraordinárias, passou a representar um dos sintomas de um sistema em crise, cuja lógica precisa ser repensada.

Diante desse panorama, surge o Novo Código de Processo Civil, pretendendo uma revolução que, em verdade, transcende àquilo que a codificação busca regulamentar, pois tenta implementar uma lógica precedental num país de tradição *civil law*, algo potencialmente problemático e que exige árduo trabalho e difíceis transformações.

Parte disto passa pela necessidade de repensar a formação dos juristas e profissionais do Direito do Brasil. Mas, para além disso, é preciso que tais profissionais, notadamente das Cortes extraordinárias (mas não somente), revejam sua forma de atuar, para que vislumbrem em cada decisão a necessidade de atuação com vistas à formação, manutenção ou superação (se estritamente necessário e justificável) dos precedentes da própria Corte, algo que deve se dar a partir da formulação de decisões que tenham uma fundamentação adequada, em que se possa verificar uma *ratio decidendi* apta a transcender ao(s) caso(s) concreto(s) analisado(s).

A partir dessa virada epistemológica na compreensão da atuação das Cortes, busca-se diminuir a margem para as decisões políticas, assegurando a igualdade e a segurança jurídica e, muito além, mantendo-se vivo o ímpeto de consolidação de um Estado Democrático de Direito harmônico e estável, que possa se responsabilizar e garantir a concretização dos direitos mais essenciais à vida humana.

REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo. **Impasses da democracia no brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

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

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

- BRASIL. Constituição federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 abr. 2020.
- BRASIL. Lei nº 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: 03 abr. 2020.
- BURDEAU, George. **O estado**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Forense, 2005.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Almedina, 2016
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. 32. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de teoria geral do estado e ciência política**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.
- MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial**: limites institucionais democráticos e constitucionais. 1. ed. São Paulo: Letra Jurídicas, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat (Barão de). **Do espírito das leis**. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.
- NOBRE, Marcos. 1988 + 30. **Novos Estudos CEBRAP** (Impresso), v. 105, p. 3-17, 2016. Disponível em: <<http://novosestudos.uol.com.br/v1/contents/view/1632>>. Acesso em: 03 abr. 2020.

PUGLIESI, Renan Cauê Miranda. Repercussão geral: uma leitura conceitual e crítica. In: BRITO, Jaime Domigues; SANTOS, Jaime Eduardo Lourenço (orgs.). **Função política do processo**. 1. ed. Jacarezinho, PR: UENP & Instituto Ratio Juris, 2015. Disponível em: <<http://siacrid.com.br/repositorio/2015/funcao-politica-do-processo.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2020.

SAFATLE, Vladimir. **Só mais um esforço**. São Paulo: Três Estrelas, 2017.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática de justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo judicial e políticas públicas: direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.

DEMARCAÇÃO HISTÓRICO-LEGAL DO ESTUPRO VIRTUAL NO BRASIL

Renata Mendonça Morais Barbosa

William Timóteo

Yokanaã Ferreira Júnior

INTRODUÇÃO

O século XX fora marcado pelo evidente desenvolvimento tecnológico, com destaque para a obstinada corrida espacial. Nesse ínterim, o homem tornou-se o primeiro ser dotado do poder de autodestruir-se, isto é, o único capaz de causar a própria extinção.

Ademais, os meios de comunicação evoluíram de tal maneira que transformaram o planeta em uma ilha; é a era da informação quem toma o espaço. Nesse cenário, o uso da internet expande-se exponencialmente, favorecendo o fenômeno da globalização e impactando, sobretudo, as relações sociais.

A incontroversa alteração das relações sociais, por sua vez, demanda uma constante adequação do arcabouço legal da sociedade ao avanço tecnológico, fato para o qual os legisladores devem manter incessante atenção, com vistas a se evitar imbróglis na interpretação da legislação vigente e, por conseguinte, de se prolatar decisões teratológicas, garantindo-se a segurança jurídica da nação.

Deste modo, o objetivo deste estudo é a adequação da lei à constante evolução tecnológica. Em decorrência da vasta dimensão de tal tema, delimita-se o objeto ao chamado crime de estupro virtual no Brasil, tomando-se como base a decisão, publicada a 04/08/2017 no

diário da justiça eletrônico, proferida pelo Juízo de Direito da Central de Inquéritos da Comarca de Teresina, Estado do Piauí, cujo teor gerou polêmica, além de um evidente divisor entre os juristas brasileiros – de um lado, aqueles que concordam com a fundamentação legal da decisão; de outro, os que discordam, defensores do corolário da estrita legalidade.

Ora, há, no ordenamento jurídico brasileiro, previsão para o crime de estupro virtual? A resposta consiste na conclusão deste trabalho. Soluciona-se essa indagação com fundamento na análise da literatura que versa acerca da formação e manifestação do direito, bem como da hermenêutica jurídica. Além disso, anota-se a demarcação histórica do crime de estupro no ordenamento brasileiro; em seguida, conceituam-se os crimes virtuais e, *alfim*, discute-se a problemática alusiva ao enquadramento do crime na legislação penal do Brasil, a partir da análise do caso piauiense, considerado o primeiro caso brasileiro em que fora decretada a prisão temporária de um acusado pelo crime de estupro virtual.

1 GÊNESE DO DIREITO: FORMAÇÃO E MANIFESTAÇÃO

Discorre-se aqui, muito brevemente, acerca do processo de formação e de manifestação do direito, com o escopo de alicerçar o procedimento desenvolvido pela hermenêutica jurídica, que será discutido adiante e constituem-se tão somente em afluentes que desembocarão na conclusão deste trabalho.

Sabe-se que o fato, o valor e a norma, conjuntamente, são os elementos que constituem o direito. Ora, o direito exsurge do processo de consagração dos valores, perpetrado na disposição dos fatos; o que é senão a axiologia dos fatos a fonte primeva do direito? A esse respeito, discorre Betioli (2008, p. 101):

[...] O positivismo jurídico simplifica o problema, ao afirmar dogmaticamente que o Estado é a única fonte do direito, o qual fica reduzido a uma série de ordens elaboradas ou aprovadas pelos órgãos do Poder Público. Na realidade, a questão é bem

mais complexa, devendo-se, do início, distinguir dois momentos fundamentais na gênese do direito: o da sua “formação” e o da sua “manifestação”.

Saliente-se, oportunamente, que os fatores sociais e de valores implicam diretamente na formação de conteúdo das normas, porquanto constituem os elementos que determinam a criação do direito, ao passo em que delimitam as decisões no ato de edição das normas jurídicas. Contudo, ainda não são o direito, e sim a sua precedência.

Nesse viés, Betioli (2008) assevera estarem os fatores sociais representados diretamente pelo conjunto de fatores econômicos, religiosos, políticos, morais e naturais. Contudo, tais fatores não consistem nos únicos elementos que determinam o direito; os elementos axiológicos o fazem no mesmo grau de influência.

Isso porque o direito é criado para realizar valores – *e. g.*, valor de justiça, valor da propriedade privada, valor da intimidade, valor do casamento, valor da paz, valor da segurança etc. Cria-se o direito para consagrar a justiça, protegendo a propriedade privada, a intimidade, o casamento, a paz, a segurança. Desta feita, incontroverso queda-se o poder dos valores na formação do conteúdo das normas jurídicas de cada povo.

Após a sua formação, o direito manifesta-se na vida social por meio dos costumes jurídicos, da legislação, dos negócios jurídicos, da jurisprudência e suas fontes sacramentadas. Nesse sentido, entende-se fontes do direito como sendo os meios de expressão do direito na vida social (BETIOLI, 2008). Reale (1994), por sua vez, assevera ser tão somente a fonte formal a vereda de onde exsurgem as normas jurídicas.

A fonte formal da legislação, que integra o direito penal, divide-se em fonte formal imediata – lei penal decorrente do poder legislativo – e fonte formal mediata – decorrente dos costumes e dos princípios gerais de direito.

Betioli (2008) prossegue delimitando as quatro fontes do direito, a saber: a) o processo legislativo, ou seja, aquele conjunto de fases estabelecidas na Constituição Federal e que dão origem a normas jurídicas de ordem legal. É a expressão do Poder Legislativo; b) o costume jurídico, isto é, a repetição habitual de um comportamento com a con-

vicção da sua obrigatoriedade; c) a jurisdição, ou melhor, o exercício pelos magistrados do seu poder legal de conhecer e julgar os litígios. Corresponde ao Poder Judiciário; d) o negócio jurídico, ou seja, a manifestação da vontade que, instaurando uma relação entre dois ou mais sujeitos, busca produzir determinado efeito jurídico protegido pelo direito. É a expressão do poder negocial como uma das exteriorizações da autonomia da vontade.

Portanto, o direito decorre de uma miríade de elementos sociais e de valores, analisados pela sociologia e pela filosofia. Todavia, expressa-se como ordenação por meio dos aludidos modos de expressão ou fontes, de onde exsurgem as normas jurídicas – legal, consuetudinária, jurisdicional e negocial –, os limites de interpretação do aplicador da lei.

2 A HERMENÊUTICA JURÍDICA COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO VIRTUAL

Importante também se faz discorrer acerca da interpretação dada à legislação que integra um determinado ordenamento jurídico, com vistas a consolidar as fronteiras do artigo 213, insculpido no vigente Código Penal brasileiro para, conseqüentemente, verificar se, de fato, o crime de estupro virtual integra a legislação do Brasil.

No campo jurídico, o termo hermenêutica é utilizado no sentido de interpretação da norma. Alguns doutrinadores, entretanto, utilizam-no em sentido mais abrangente, circundando a interpretação, a integração e a aplicação do direito; eis a razão de se definir a hermenêutica jurídica como sendo a teoria científica da arte de interpretar, integrar e aplicar o direito. É assim que, se o direito existe, existe para ser aplicado. Antes, entretanto, é preciso interpretá-lo; só aplica bem o direito quem o interpreta bem (BETIOLI, 2008).

Por outro lado, como a lei pode apresentar lacunas, é necessário preencher tais vazios, a fim de que se possa dar sempre uma resposta jurídica, favorável ou contrária, a quem se encontra ao desamparo de lei expressa. Esse processo de preenchimento das lacunas legais chama-se integração do direito.

Assim sendo, para assegurar a eficaz aplicação do direito, é preciso compreender que: a) revelar o seu sentido não significa somente co-

nhecer o significado das palavras, mas sobretudo descobrir a finalidade da norma; b) Fixar o seu alcance significa delimitar o seu campo de incidência. É conhecer sobre que fatos sociais e em que circunstâncias a norma jurídica tem aplicação; c) a norma jurídica é indicada como gênero, uma vez que não são apenas as leis que precisam ser interpretadas, posto que há normas legais, jurisdicionais, costumeiras e negociais (BETIOLI, 2008).

Há quem afirme prescindir de interpretação as normas jurídicas “claras”. Em verdade, o intérprete não se debruça apenas sobre as normas obscuras, porquanto a interpretação se faz necessária sempre, quer seja obscuro, quer seja claro o seu teor. Ora, a palavra “clareza” possui um sentido sobremaneira relativo e subjetivo, de modo que o é claro para alguns pode ser tido como obscuro para outros.

Quer seja maior, quer seja menor o esforço empregado, sempre haverá interpretação da norma a ser aplicada, que pode ser *(i)* literal, quando toma como ponto de partida o exame do significado e alcance de cada uma das palavras da norma jurídica; *(ii)* lógico-sistemática, quando busca compreendê-la como parte integrante de um todo, em conexão com as demais normas jurídicas que com ela se articulam logicamente; *(iii)* histórica, quando indaga das condições de meio e momento da elaboração da norma jurídica, bem como das causas pretéritas da solução dada pelo legislador; ou *(iv)* teleológica, quando busca o fim que a norma jurídica tenciona servir ou tutelar (BETIOLI, 2008).

Quanto aos efeitos, a interpretação das normas jurídicas pode ser extensiva, restritiva, declarativa ou estrita. A extensiva ocorre quando o teor literal da lei é demasiado estrito e, com fundamento na sua imamente teleologia, alarga-se o seu campo de aplicação a casos literalmente não abrangidos. A restritiva verifica-se quando o intérprete restringe o sentido da norma ou limita sua incidência, concluindo que o legislador escreveu mais do que realmente pretendia dizer. A declarativa, por sua vez, ocorre quando se limita a declarar ou especificar o pensamento expresso na norma jurídica, sem ter necessidade de estendê-la a casos não previstos ou restringi-la mediante a exclusão de casos inadmissíveis. A estrita, a seu turno, confunde-se com a declarativa. Nela, as normas aplicam-se no sentido exato; não se dilatam, nem restringem os seus termos (BETIOLI, 2008).

Diante disso, inexistindo de forma expressa no texto legal qualquer previsão quanto à prática do crime de estupro em ambiente virtual, tem-se que a hermenêutica jurídica desempenhou papel fundamental no processo de enquadramento no artigo 213 do Código Penal, considerando que a conduta perpetrada pelo agente ativo se encaixaria perfeitamente naquelas descritas no dispositivo.

Isso porque, embora não houvesse conjunção carnal, por meio da internet e mediante grave constrangimento, a vítima foi obrigada a satisfazer a lascívia de outrem, motivo pelo levou o aplicador da lei a debruçar-se sobre uma interpretação *lato sensu* da lei, partindo de uma análise fática-probatória capaz de classificar corretamente a conduta do agente ativo ao respectivo tipo penal.

Vislumbra-se, desta feita, a relevância do trabalho do intérprete da lei, o qual, com fundamento na origem, nos efeitos e na natureza da norma jurídica, aplica-lhes o direito. Com efeito, os aplicadores do direito não podem se enclausurar na rígida ciência perceptiva, mas devem se valer das demais ciências – Economia, Política, Sociologia, Psicologia –, com vistas a consubstanciar, efetivamente, as decisões por estes exaradas. Eis o imprescindível papel da hermenêutica jurídica – reverberar a evolução das ideias sobre o homem e a sua função no mundo.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CRIME DE ESTUPRO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

Aborda-se a evolução histórica do crime de estupro na legislação penal brasileira, com o escopo de entender a adequação da tipificação penal ocorrida no transcurso do tempo, decorrente, sobretudo, da alteração ocorrida nas relações sociais.

O teor insculpido na Constituição Brasileira de 1824 ordenava a elaboração de uma novel legislação penal, com vistas a superar as normas de caráter medieval. Em decorrência disso, a 1830, fora sancionado o Código Criminal do Império do Brasil, de viés liberal, cujas normas fixavam a individualização da pena, previam agravantes e atenuantes, estabeleciam julgamento especial voltado aos cidadãos menores de 14 (quatorze) anos e ordenavam a pena de morte aos escravos que comessem crimes, a ser executada por meio da força.

O Código previa ainda o crime de estupro cometido contra mulher honesta, aplicando ao agente ativo a pena de prisão somada ao pagamento de um dote à vítima. Em sendo a vítima uma prostituta, a pena de prisão, que era de 03 (três) a 12 (doze) anos, reduzia-se de 01 (um) mês a 02 (dois) anos. Nesses casos, ao infrator que se casasse com a vítima, não se aplicava a pena.

Em verdade, o crime de estupro fora denominado tão somente no Código Penal de 1890, que o tipificou como sendo o ato pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher honesta, quer fosse virgem, quer não. A pena cominada variava de 01 (um) a 06 (seis) anos de prisão. Por outro lado, se o crime fosse praticado contra mulher pública ou prostituta, a pena variava de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos.

Com o advento do Código Penal Brasileiro de 1940, o crime de estupro passou a ser tipificado como sendo o ato praticado por homem contra mulher, no sentido de constrangê-la à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Nesse caso, a pena cominada contra o infrator variava de 03 (três) a 08 (oito) anos de reclusão. Com isso, a legislação penal excluiu da tipificação do crime do estupro o fato de a mulher ser honesta, como previa o código anterior.

Por fim, a partir da sanção da Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor foram unificados, abrangendo homens e mulheres como possíveis sujeitos ativos e sujeitos passivos do delito. Delmanto (2016, p. 1120-1121) discorre acerca da aludida unificação, nos seguintes termos:

[...] Optou o legislador por revogar expressamente o art. 214, que punia o atentado violento ao pudor, colocando neste novo art. 213, sob a rubrica estupro, as duas figuras: a conjunção carnal e o ato libidinoso diverso dela. [...] O estupro, em suas formas simples e qualificadas (art. 213, caput e §§ 1º e 2º), continua a ser crime hediondo [...]. Objeto jurídico: A liberdade sexual do ser humano (homem ou mulher). Sujeito ativo: Tanto o homem quanto a mulher. Saliente-se, no que tange à conjunção carnal, que a mulher pode ser coautora ou partícipe de um homem. Sujeito passivo: Igualmente o homem ou a mulher, pois a lei fala em constranger alguém.

Da análise da alteração da tipologia do crime no ordenamento penal brasileiro, depreende-se a constante abrangência da redação da norma jurídica – hodiernamente, homens e mulheres podem ser tanto sujeitos passivos como sujeitos ativos, o que não ocorria, por exemplo, no período do Brasil colonial, quando tão somente mulheres honestas poderiam ser vítimas.

Deveras, o direito deve, continuamente, acompanhar a evolução das relações sociais, a fim de evitar tornar-se obsoleto, fato para o qual os legisladores devem manter incessante atenção.

4 CRIMES DIGITAIS - CONCEITO

A internet constitui um eficaz meio de transmissão de dados e de comunicação. Tanto é que a Organização das Nações Unidas a considerou um direito humano básico, porquanto é por meio dela que se tem acesso ao conhecimento e a pessoas de diversas partes do planeta, além de ser um efetivo instrumento de trabalho nos ambientes corporativos.

Em verdade, o avanço da informática revolucionou o convívio em sociedade, em conjunto com as mudanças econômicas e sociais. Contudo, tipos novos de criminalidade também exurgiram dessa revolução:

A expressão “crimes digitais”, perante a doutrina, é comumente associada a “crimes virtuais”, “da era da informação”, “de internet”, “tecnológicos”, “informáticos”, “e-crimes”, “ciber-crimes”, entre outros, sendo todos sinônimos para crimes nos quais um ou mais computadores são utilizados como ferramenta, base de ataque ou meio de cometer um delito. Os primeiros casos de crimes informáticos datam da década de 1960, quando os infratores utilizavam-se de computadores e sistemas de terceiros para manipular, sabotar, espionar ou exercer uso abusivo destes aparelhos. (SANTOS, 2014, p. 10).

Para fins didáticos, os crimes informáticos classificam-se em virtuais puros – ilícito praticado contra *hardware* e/ou *software* de um com-

putador –, mistos – perpetrados por meio da internet – e comuns – perpetrado por meio da internet, com tipo penal que se enquadra em norma insculpida no vigente Código Penal brasileiro.

Damásio (2003), a seu turno, classifica os crimes digitais em puros ou próprios e impuros ou impróprios. Segundo ele, crimes eletrônicos puros ou próprios são aqueles que sejam praticados por computador e se realizem ou se consumem também em meio eletrônico. Neles, a informática (segurança dos sistemas, titularidade das informações e integridade dos dados, da máquina e periféricos) é o objeto jurídico tutelado. Já os crimes eletrônicos impuros ou impróprios são aqueles em que o agente se vale do computador como meio para produzir resultado naturalístico, que ofenda o mundo físico ou o espaço “real”, ameaçando ou lesando outros bens, não-computacionais ou diversas da informática.

Rosa (2007) conceitua crime de informática como sendo a conduta típica, ilícita e culpável, praticada sempre com a utilização de dispositivos de sistemas de processamento ou comunicação de dados, da qual poderá ou não suceder a obtenção de uma vantagem indevida e ilícita. Para Roque (2007, p. 25), por sua vez, é “toda conduta, definida em lei como crime, em que o computador tiver sido utilizado como instrumento de sua perpetração ou consistir em seu objeto material”.

Consigne-se, por oportuno, a manifesta inexistência de contato físico entre o infrator e a vítima dos crimes digitais, o que possibilita o anonimato. O ambiente onde esse tipo de crime se perpetra é imaterial, sem território, sem governo, tampouco povo. Logo, inexistem padrões para o cometimento dos crimes eletrônicos, os quais podem ser perpetrados por qualquer pessoa imputável contra qualquer outra, imputável ou não. De qualquer modo, o sujeito passivo dos ‘crimes de informática’ pode ser qualquer pessoa, física ou jurídica, de natureza pública ou privada (ROSA, 2007).

Portanto, até mesmo o crime de estupro é passível de cometimento no ambiente virtual, malgrado inexistir, na legislação penal brasileira, previsão expressa de tal delito. Tal enquadramento tornou-se possível a partir da vigência da Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, cujo teor ampliou a abrangência do aludido delito.

5 A CELEUMA DA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO VIRTUAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA - UMA ANÁLISE SOBRE O CASO PIAUIENSE

A vigência da Lei nº 12.015/2009, cujo teor alterou a redação do artigo 213 do Código Penal, ampliou sobremaneira a extensão e a aplicação do crime de estupro, além de unificar os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Desta feita, a partir da supressão da liberdade de escolha da vítima, o infrator a obriga a ter conjunção carnal e/ou a praticar ou permitir que com o infrator se pratique outro tipo de ato libidinoso. Com isso, a partir da nova redação dada ao artigo 213 do Código Penal, tornou-se desnecessário o contato físico entre o agente ativo e a vítima.

Ora, o que a referida norma penal tutela é o direito à liberdade sexual da pessoa de dispor do próprio corpo nas relações sexuais. Tal interpretação não se esbarra no princípio da taxatividade, pois o tipo penal engloba todo tipo de ato libidinoso direcionado à vontade sexual do infrator.

De acordo com o princípio da taxatividade, a lei penal deve conter, obrigatoriamente, em seus tipos, termos delimitados, precisos e claros, a fim de se evitar interpretação extensiva e incertezas quanto à

sua abrangência e aplicação. Desse modo, a lei que delimita um crime deve taxar, com exatidão, a conduta que será punida, pois não há crime nem pena sem lei certa. Em razão disso, são inaceitáveis leis vagas ou imprecisas, cujo teor não delimite o comportamento que se pretende incriminar (DELMANTO, 2016).

Com fundamento na vigente redação do artigo 213, o Juízo Piauiense concordou com a representação do delegado competente para decretar a prisão temporária de um acusado pela perpetração do crime de estupro virtual. Tal decisão¹²⁶ constitui o primeiro precedente no Brasil.

No caso supracitado, havia 05 (cinco) anos que a vítima terminara o relacionamento com o autor. Contudo, segundo consta dos fatos, este não teria superado o término do namoro. Por isso, o acusado criou uma conta na rede social *facebook*, com um perfil falso e anônimo, para contatá-la, por meio da qual a ameaçou a divulgar fotos antigas, nas quais o corpo da vítima aparecia nu. Além de exigir novas fotos de nudez da vítima, o autor obrigou-a a enviar-lhe fotos em que esta se masturbava e inseria os dedos e alguns objetos na cópula vaginal. O agravamento da situação motivou a vítima a procurar as autoridades policiais.

Em razão de inexistir, expressamente, previsão legal para o crime de estupro virtual na legislação do Brasil, a mencionada decisão causou celeuma dentre os juristas brasileiros – de um lado, os defensores do corolário da legalidade ressaltaram o suposto erro de interpretação cometido pelo aplicador do direito, afirmando inexistir previsão legal para tanto; doutro lado, os defensores da dignidade sexual corroboraram

126 [...] Embora no caso não haja contato físico entre ela e o(s) agente, a vítima foi constrangida a praticar o ato libidinoso em si mesma [...]. Nessa situação, a doutrina classifica como autoria mediata ou indireta, pois a ofendida, mediante coação moral irresistível, é obrigada a realizar o ato executório com longa manus do agente. [...] Quanto a materialidade do crime, está devidamente comprovada nos autos através dos prints das conversas colacionadas, onde a vítima se submetendo as ameaças, enviou diversas fotografias ao acusado [...]. Nesse caso, tem-se a investigação de um crime de estupro, praticado pela internet, havendo a necessidade de se buscar e apreender equipamentos eletrônicos, tais como notebook, CPU, HD's externos e similares, câmeras digitais, aparelhos celulares, bem como CD's, DVD's, fotos para assim melhor instruir o procedimento criminal. (BRASIL, 2017).

ram a fundamentação do magistrado, preconizando o enquadramento do crime de estupro virtual no artigo 213 do vigente Código Penal, já que a conduta do agente ativo se encaixaria no conceito de ato libidinoso, praticado com grave ameaça.

Segundo o princípio da legalidade, não há crime, tampouco pena, sem lei anterior que os defina. Com base nisso, os defensores da legalidade pontificam a errônea abertura do tipo penal estupro, a partir da interpretação da expressão “outro ato libidinoso”. Para eles, a ausência de definição de “outro ato libidinoso” permite a aplicação desproporcional da pena privativa de liberdade em ações distintas entre si – um sujeito que comete um estupro com violenta conjunção carnal, mediante constrangimento, não deveria receber pena semelhante a do agente ativo que, por meio da internet, sem contato físico com a vítima, constrange outrem a se masturbar, satisfazendo a própria lascívia. Por esta vereda adentra o entendimento de Delmanto (2016), cuja doutrina critica a inexistência de separação das modalidades de ato libidinoso na redação do artigo 213.

Em verdade, o aplicador da lei deve se debruçar sobre a tarefa da interpretação da lei, a partir da análise detida do acervo fático-probatório acostado aos autos do processo, com vistas a classificar corretamente a conduta do agente ativo ao respectivo tipo penal, mormente nos casos em que a autoria do crime esteja relacionada a atos libidinosos, considerando que o crime de estupro é considerado hediondo, do modo como prevê o teor insculpido no artigo 1º, inciso V, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1.990, o que o torna inafiançável, portanto. Eis a relevância da hermenêutica jurídica.

No caso piauiense, que ora se discute, a atividade de interpretação da lei fora desenvolvida, com eficácia, pelo magistrado que decretou a prisão temporária do acusado, muito embora inexistisse, no ordenamento jurídico pátrio, previsão legal para o crime de estupro virtual.

Ao analisar os autos, vislumbra-se que o intuito do acusado era satisfazer a própria lascívia. Ressalta-se que, para obter as novas fotos, ele ameaçava expor, na internet, fotos antigas nas quais a vítima exibia partes íntimas do corpo. Logo, depreende-se que o autor utilizou o ambiente virtual para praticar a conduta tipificada na legislação penal, o que caracteriza o cometimento do crime de estupro.

No julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 70.976-MS¹²⁷, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) corroborou a possibilidade de se cometer o crime de estupro sem que haja contato físico entre o autor e a vítima.

Desta feita, ainda que parte dos juristas brasileiros entenda ser teratológica a decisão exarada pelo magistrado piauiense, a partir da análise do acervo fático-probatório acostado aos autos do respectivo processo, assevera-se estar em consonância com a base legal utilizada e com o entendimento jurisprudencial consolidado pelo STJ, muito embora inexistisse, no ordenamento jurídico pátrio, previsão legal expressa para o tipo penal de crime de estupro virtual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do desenvolvimento do presente trabalho, vislumbra-se a incontroversa relevância das fontes do direito para o intérprete e aplicador da lei – a legislação, a jurisprudência, os negócios jurídicos e os costumes jurídicos. Em verdade, são as fontes do direito que demarcam os limites de atuação e de interpretação do aplicador da lei.

Das fontes do direito emergiu a primeira decisão judicial que reconheceu o cometimento do crime de estupro virtual no Brasil. Por meio dela, o competente magistrado decretou a prisão temporária de um acusado pelo crime de estupro, com fundamento no artigo 213 do Código Penal Brasileiro, sem que houvesse contato físico com a vítima no processo de execução do delito. Tal decisão repercutiu em todo território brasileiro, causando celeuma e controvérsias no ambiente jurídico.

127 DIREITO PENAL. DESNECESSIDADE DE CONTATO FÍSICO PARA DEFLAGRAÇÃO DE AÇÃO PENAL POR CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. A conduta de contemplar lascivamente, sem contato físico, mediante pagamento, menor de 14 anos desnuda em motel pode permitir a deflagração da ação penal para a apuração do delito de estupro de vulnerável. A maior parte da doutrina penalista pátria orienta no sentido de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do CP, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido. [...] Com efeito, a dignidade sexual não se ofende somente com lesões de natureza física. A maior ou menor gravidade do ato libidinoso praticado, em decorrência a adição de lesões físicas ao transtorno psíquico que a conduta supostamente praticada enseja na vítima, constitui matéria afeta à dosimetria da pena (BRASIL, 2016).

Segundo os defensores do princípio da legalidade, além de inexistir previsão legal para o crime de estupro virtual, o delito de estupro somente é passível de ser cometido por meio de contato físico do autor com a vítima. Ademais, críticas extensivas foram disparadas contra a decisão, baseadas na desproporcionalidade de aplicação da pena decorrente da unificação do crime de estupro com o antigo crime de atentado violento ao pudor, o que fora efetivado a partir da vigência da Lei nº 12.015. A fim de se evitar tal desproporcionalidade, o aplicador do direito deverá valer-se dos ensinamentos da hermenêutica jurídica, pautado no acervo fático-probatório carreado nos autos do respectivo processo.

Com efeito, a unificação do crime de estupro ao antigo crime de atentado violento ao pudor fora uma medida legislativa equivocada, pois o crime de estupro é considerado hediondo e, por isso, inafiançável; outrossim, a nova redação dada ao atual artigo 213 não especifica as modalidades de atos libidinosos circundados pelo tipo penal estupro, o que torna o texto de lei abrangente e, por conseguinte, dificulta o trabalho a ser desenvolvido pelos magistrados.

Malgrado a inexistência de previsão para o crime de estupro virtual, a decisão proferida piauiense fora correta, considerando que, com a finalidade de satisfazer a própria lascívia, o acusado obrigava a vítima a enviar-lhe fotos. Para tanto, a vítima era ameaçada de ter imagens expostas nas redes sociais.

Vê-se, claramente, que a liberdade e a dignidade sexual da vítima fora tolhida, mediante constrangimento, com o fim último de satisfazer a lascívia do acusado, o que impõe enquadrar a conduta ilícita no artigo 213 do Código Penal Brasileiro, do modo como acertadamente o fez.

Para corroborar a desnecessidade de contato físico entre agressor e vítima, na consecução do crime de estupro, o Juízo piauiense fundamentou a decisão num precedente jurisprudencial pontificado pelo Superior Tribunal de Justiça, fortificando, desta feita, os pilares da decisão.

Desta feita, conclui-se a presente pesquisa ressaltando a possibilidade de se cometer crimes de estupro por meio de ambientes virtuais, no território brasileiro. Neste caso, deve enquadrar-se o crime no artigo 213, como sendo um crime de estupro executado em ambiente virtual, já que inexistente, legalmente, previsão mais específica no ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

- BETIOLI, Antônio Bento. **Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional**. – 10. Ed. Atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 02 de agosto de 2019.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 70.976-MS**, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, julgado em 02 de agosto de 2016.
- CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos da Internet**. Saraiva, 2007.
- DELMANTO, Celso. **Código Penal comentado**. 9. ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo Saraiva, 2003.
- REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ROQUE, Sérgio Marcos. **Criminalidade Informática – Crimes e Criminosos do Computador**. São Paulo: ADPESP Cultural, 2007.
- ROSA, Fabrício. **Crimes de Informática**. Bookseller, 2007.
- SANTOS, Bárbara de Almeida. **Crimes digitais**. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia) - Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014.

INTERFACES JURÍDICAS CONTEMPORÂNEAS: COMO A RETÓRICA E A HERMENÊUTICA JURÍDICA SE RELACIONAM À CIÊNCIA DO DIREITO?

Matheus Mendes Bomfim Marques

INTRODUÇÃO

O presente estudo discorre acerca das conexões entre a Retórica e a Hermenêutica no amplo campo filosófico, desde os clássicos até a contemporaneidade, e suas interferências para a construção científica do Direito. Assim, busca propor uma concepção “retórico-hermenêutica” em relação a análises religiosas, econômicas e políticas, ou seja, um contexto intrínseco à Ciência Jurídica que se vincule a campos teóricos e práticos para entender o Direito enquanto objeto do conhecimento conectado ao âmbito histórico-filosófico, principalmente.

Em primeiro lugar, destaca-se a formação basilar que a Antiguidade Clássica possibilitou ao desenvolvimento do Direito da Erística sofista, a Aristóteles e Platão. Percebe-se ainda a contemporaneidade manifestada em Arendt diante do Estado Nazifascista enquanto organização jurídica contaminada por uma linguagem de ódio, o qual possui semelhanças com o mundo medieval. Isso também se manifesta na visão de Foucault quanto à existência de uma estrutura estatal ideológica pautada na opressão tal como expõe Arendt, logo, de combate

às liberdades preconizadas desde Ockham e, principalmente, de fortalecer a desumanização.

Em outro sentido, evidentemente, expõem-se também as influências de Kelsen para o âmbito do Direito, no qual é exposto o seu vínculo a um positivismo jurídico que afirma a legalidade do sistema supracitado; opinião rejeitada pela observação conceitual de Reale. Sob uma outra cosmovisão, destaca-se Adeodato e suas influências da Retórica clássica e em Müller acerca da democracia; além de Barroso, o qual representa a Constituição e seu papel para uma hermenêutica que defenda uma *kantische Wende* (virada kantiana). Consiste, no respeito à dignidade da pessoa humana para impedir contextos como aquele manifestado por Arendt e resgatar valores presentes em Kant.

Dessa forma, este estudo preocupa-se, principalmente, em responder à aporia: como a retórica e a hermenêutica se relacionam à ciência do direito ao longo das relações históricas? Por isso, observou-se que é possível relacionar o Direito de diversos modos ao se constatar, principalmente, que este deve buscar a interdisciplinaridade com ciências afins, além de ser um processo em constante construção, o que se manifesta diante da história jurídica estar sempre a metamorfosear as suas estruturas, a exemplo da *autopoiésis* (autoprodução) do sistema jurídico conforme Adeodato.

METODOLOGIA

No âmbito do método utilizado na presente pesquisa descritiva e explicativa, destaca-se que esta está associada, respectivamente, à análise bibliográfica e à coleta de dados por observação. Assim, apresenta-se uma proposta interdisciplinar da Ciência do Direito quanto ao enfoque na Retórica e Hermenêutica Jurídica, mas também são abordadas perspectivas de demais ciências afins ao próprio Direito.

Além disso, observa-se o Direito sob uma concepção “retórico-hermenêutica” em relação a situações históricas, morais, religiosas, econômicas e políticas, ou seja, um contexto intrínseco à Ciência Jurídica que se vincula a campos teóricos e práticos para entender o Direito enquanto objeto do conhecimento.

Quanto à bibliografia, analisa-se a obra de Adeodato com maior ênfase, além de percepções na hermenêutica de Oliveira e na retórica de Platão e Aristóteles, por exemplo, sob o ponto de vista do direito comparado, quanto ao direito germânico, consideram-se as concepções de Kirst, Kelsen, Zippelius e Häberle como fontes principais ao passo que são abordadas discordâncias à respeito dessas abordagens, além de, como foco da interdisciplinaridade da ciência do direito, expor-se os pensamentos de Kant, Arendt e Foucault.

Em outro plano, enfatiza-se que o objetivo geral do presente trabalho é buscar possíveis respostas à questão “Como a Retórica e a Hermenêutica Jurídica se relacionam à Ciência do Direito?”, sendo objetivos secundários (i) compreender a realidade interdisciplinar da Ciência do Direito, (ii) propor uma percepção histórica do desenvolvimento da Ciência Jurídica nos recortes da Antiguidade Clássica, Medievalidade e Modernidade, (iii) entender relações entre a Retórica Clássica, a Ciência Jurídica e a Hermenêutica Contemporâneas no âmbito do Nazifascismo, (iv) analisar as influências da hermenêutica e retórica alemã sobre a Ciência Jurídica Brasileira e, conseqüentemente, (v) contribuir para o desenvolvimento da tese de que o Direito deve ser compreendido em conjunto com as suas interfaces em relação à ciências afins.

HERANÇAS DA ANTIGUIDADE CLÁSSICA

Kirste (2013) relembra que o Direito enquanto ciência deve buscar a interdisciplinaridade e o seu desenvolvimento conforme a mutabilidade dos paradigmas da humanidade, logo, o Direito procura, diante da sua filosofia jurídica, estabelecer vínculos com a hermenêutica jurídica e retórica. Todavia, eis a questão: como a retórica e a hermenêutica jurídica propiciam mudanças e relações interdisciplinares vinculadas à ciência do Direito? Nesse âmbito, essa concepção pode adquirir maiores contornos por meio de uma segunda perspectiva, visto que

Comparado com o texto da Retórica, o da Hermenêutica pode conter frases argumentativas, mas estas não pretendem, como na Retórica, criar a situação de univocidade a favor de uma

interpretação privilegiada, mas manter aberto um espaço de variações de sentido sem a ambição da vitória (PEREIRA, 1994, p.10).

A tese defendida por Pereira (1994), ainda expõe que, desde a Antiguidade Clássica, os gregos já estudavam a linguagem por meio de áreas como a Retórica, sendo que esse ponto de vista também é perceptível em Parini (2019), pois a Erística, vertente sofista da Retórica, caracterizava-se pelo apego à oralidade devido à busca por uma argumentação “convincente”.

Ademais, em período posterior, a Erística foi criticada por Platão (Euthydemus 2008, 272c) devido aos seus “sofismas” (pensamentos contraditórios e fonte de enganos), porém, os princípios retóricos persistiram, em especial, por meio da “Retórica” de Aristóteles (1998), uma “arte da persuasão” (*techné*) pautada em silogismos (dedução que leva a uma conclusão).

Por fim, Serra (2008) afirma que Aristóteles construiu uma tríade dividida em *éthos* (discurso do orador), *páthos* (capacidade do orador despertar emoções no público) e *lógos* (alçar à aparente realidade) para se entender a racionalidade da retórica enquanto forma de convencimento honesto. Isso se percebe em Fernandes (2019) ao defender que a retórica aristotélica, enquanto ciência humana, leva o ser humano a chegar a uma parcela da verdade (*alétheia*).

O RETORNO AO MUNDO MEDIEVAL E AO MODERNO

Para Parini (2019) a atividade retórica é indispensável ao juiz e ao legislador, pois ele deve ter um discurso com fundamentação, conhecimento, concatenação, razão e lógica; sendo esta, assim como a Oratória (um falar hermenêutico sem fins de convencimento vitorioso), indissociável da Retórica.

Nesse sentido, Cardoso (2019) afirma que Descartes favoreceu a saída do dogmatismo medieval para um mundo “racionalista” enquanto Kant (séc.XVIII) reacendeu a crítica à razão. Destarte, o Iluminismo preconizou a ideia de que seria possível usar a razão para “controlar

o mundo”, por exemplo, em Voltaire e Diderot (séc. XVIII) (HARVEY, 1995). No entanto, a visão moderna de uma razão objetiva, do homem enquanto ser racional, enfim, do ser humano sob o ponto retórico analítico aristotélico (racional), não persiste na contemporaneidade e a “atual” ideia de “homem racional” é incoerente, pois a razão é construída, tem falhas, depende de uma evolução, além de não ser homogênea.

Diante desse cenário, como o poder judiciário está sobrecarregado na visão de PARINI (2019) e ADEODATO (2019), a tomada de decisão deve ser feita em um curto período de tempo. Isso evidencia que a razão, no processo de interpretação dos juristas para posterior tomada de decisões, está sendo utilizada erroneamente (escala industrial), visto que a tomada de decisão é um processo que exige intensa atividade cognitiva (sistema II). Destaco que há uma complexidade no sistema de interpretações das normas jurídicas que inviabiliza a “rápida interpretação jurídica” (sistema I). É necessário observar tal complexidade diante do papel hermenêutico do magistrado quanto ao pluralismo jurídico (quando várias normas são eficazes a uma mesma questão), à integração e analogia das leis, às lacunas legais e antinomias (contradições), além da possibilidade de um ato ser nulo ou anulável a fim de que a hierarquia normativa, eficácia e validade sejam respeitadas.

Essa ideia evidencia um retorno à retórica do período medieval conforme Marinho (2019), pois o Nominalismo de Ockham (séc. XIV) afirma uma “realidade conforme a vontade individual”, logo, cada juiz poderia ter a sua própria decisão, um “subjetivismo” que permitiria implantar precedentes “legitimando” as lacunas da lei. Evidentemente, é devido ao “relativismo” de Ockham que o Direito Canônico o acusou de heresia, visto que se todos podem ter tal liberdade, a exemplo da diversidade de crenças, o direito deveria ser laico. Nesse sentido, se os indivíduos (particulares) são distintos, não poderia haver o “universal”, logo, não seria possível que todos fossem submetidos à “lei divina cristã”, mas, que fossem respeitados a nível de direitos.

Assim, o pensamento do Realismo Jurídico expresso por DAZINGER et al (2010, p. 6889) explica isso: “Realistas argumentam que a aplicação dos motivos legais não explica suficientemente as decisões judiciais e que fatores psicológicos, políticos e sociais também

influenciam decisões [...] o que o juiz comeu para o café da manhã”.

O papel do magistrado também deve estar sujeito à fundamentação retórica. Em especial, por parte do juiz, sua decisão deve proferir explicações (retórica) que possuam fundamentos constitucionais (hermenêuticos) e atendam a uma revisão de casos anteriores, ou instaurar um precedente, criar uma “fonte do direito” para o respectivo e demais casos. Isso é perceptível pelo panpricipiologismo, um universo de princípios sem valor normativo (retórica do julgador) diante da falta de normas (anomia). Por isso, a jurisprudência atual mostra a falta de fundamentação e o apelo ao panpricipiologismo na prática (*de facto*) em detrimento da teoria normativa (*de jure*); a abstração do que é a dignidade da pessoa humana, por exemplo, é um fruto da árvore retórica do juiz.

ENTRE A CIÊNCIA E A HERMENÊUTICA JURÍDICA NO ÂMBITO DA RÉTORICA NAZIFASCISTA

Kelsen (2006) acredita que a justiça não é uma questão da Ciência do Direito por esta possuir “tendência anti-ideológica”, uma restrição de análise a sua própria esfera, ou seja, a “mera” compreensão do direito enquanto objeto de sua ciência. No entanto, Bielschowsky (2019) rejeita tal visão devido ao excesso de restrições que o positivismo jurídico proporciona na concepção kelseniana, pois não se pode observar o direito enquanto ciência que tem o seu objeto de modo restrito e sem considerar as ciências afins, pois é inegável que a ideologia da Ciência Política enquanto constituinte de uma Ciência do Estado interfere nas questões jurídicas, por exemplo.

Assim, ainda que Kelsen (2006) represente a Ciência Jurídica no âmbito factível, real, tangível (fatos), e não no dever-ser (norma); o “justo” não é o objetivo de sua ciência jurídica, o que consitui uma falha kelseniana. Logo, a ciência deve possuir uma metodologia, a exemplo de quando se faz um discurso (retórica), e um objeto de estudo que se associe às fontes zeetéticas do direito (materiais).

Na argumentação de Reale (1949), a ciência jurídica deve compreender racionalmente e de forma unitária e lógica, o fato social “Direito”; este fato social é a “objetivação do justo no tempo”, ou seja, “o

Direito Positivo como uma realidade posta pelo Espírito, do Espírito no sentido intencional do valor do justo”. O nazismo não poderia, assim, para ser “direito”, desconsiderar os fatos sociais que moldaram o seu próprio conceito de direito, o seu teor sociológico; além de que é evidente a falta de uma segurança jurídica, quer dizer, o Estado não possuía uma organização justa e igualitária.

Adiciona-se ao aspecto “sociológico”, a ideia do direito como sistema autopoietico em Adeodato (2019) no mundo hodierno, pois o Direito não pode ser explicado apenas pelas teorias sociológicas em virtude do atual cenário de instabilidade sociocultural e político-econômica, logo, deve buscar a sua autoprodução (*autopoiesis*).

Contudo, Neves (1996) aponta que em países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, o direito não é autopoietico, mas, alopoietico (*alopoiesis*), pois seria efeito de sistemas externos (potências políticas). Ademais, encontro embasamento teórico também em Velloso (2019) quanto à “subordinação do direito subdesenvolvido ao direito dos países desenvolvidos”, o que reafirma a minha tese.

A ideia de “insegurança jurídica” se manifesta no pensamento de Arendt (1999) acerca da “banalidade do mal” presente na manipulação do poder por parte do estado nacional-socialista. Logo, ao falar sobre o burocrata nazista Eichmann, Arendt (1999) observa que o século XX marcou um período em que a “maldade” adquiriu teor de normalidade. Completarei esse pensamento com a ideia de que o “sujeito” (de direitos e deveres) presente nas codificações contemporâneas era “objeto” de um sistema injusto e dominador, era manipulado pela “banalidade do mal”, ou seja, um direito sem valores, mas, com fins de “poder”.

Aproxima-se dessa concepção, Foucault (1987): pois Eichmann seria como “os famosos autômatos, por seu lado, não eram apenas uma maneira de ilustrar o organismo; eram também bonecos políticos, modelos reduzidos de poder”. Logo, enquanto a retórica nacional-socialista vigorara, constituiu-se, assim, em um estado de “não-direito” à medida que a equidade era um princípio longínquo da realidade de todos e não havia a heteronomia (a sujeição de todos à lei); o Estado se tornara apenas um instrumento para realização de fins particulares, afinal, o direito enquanto norma objetiva fora assassinado, pois:

A Constituição de Weimar nunca foi ab-rogada durante o regime nazista, mas a lei de plenos poderes de 24 de março de 1933 teve não só o efeito de legalizar a posse de Hitler no poder como o de legalizar geral e globalmente as suas ações futuras. Dessa maneira, como apontou Carl Schmitt – escrevendo depois da II Guerra Mundial –, Hitler foi confirmado no poder, tornando-se a fonte de toda legalidade positiva, em virtude de uma lei de Parlamento que modificou a Constituição. [...] Esta subversão do Direito do Estado, que deixa de ser, em consonância com os procedimentos e técnicas do constitucionalismo moderno, um mecanismo para controlar o poder e, destarte, uma qualidade de governo, viu-se aprofundada pela importância de instituições não-disciplinadas por normas, como o partido e a polícia (LAFER, 1988, p. 95).

Em vista disso, é válido lembrar que a Constituição de Weimar permaneceu (nunca foi ab-rogada), mas, a sua aplicação foi subjugada às intenções da autoridade vigente (*fiher*) em virtude de um estado de “exceção”; tirou-se a sua eficácia sem tirar a validade, em contraposição ao pensamento kelseniano.

Ademais, naquela época, o nazifascismo também se encontrava em terras tupiniquins, logo, Botelho de Oliveira (2019) faz uso da metodologia retórica, principalmente material (método), ou seja, da realidade linguística (conjunto de relatos), para analisar o debate entre Oliveira Vianna e Waldemar Ferreira nos anos de 1930. Assim, relata que o anteprojeto de Justiça do Trabalho proposto por Oliveira Vianna em 1935 em virtude das previsões da Constituição de 1934 sofreu severas críticas do deputado Waldemar Ferreira devido ao seu teor de inconstitucionalidade, fascismo e de ofensa à divisão de poderes.

O debate entre Vianna e Ferreira se deu em decorrência da Justiça trabalhista ter o poder de “sancionar” sentenças normativas (cria direitos): “uma fonte de direito, que, editada pelos Tribunais do Trabalho tem por fim o estabelecimento de normas e condições de trabalho”, o que significa que “as decisões judiciais em relação aos dissídios coletivos teriam ‘força de lei’” (VILHENA, 1970, p. 93; DROPPA, 2016, p. 221).

Nesse sentido, Vianna argumentou que seu “anteprojeto” não era fascista, pois se tratava de influências em uma realidade presente em países não fascistas, como a “Alemanha pré-nazista”, ou seja, da República de Weimar. Porém, durante a República de Weimar, como exposto anteriormente, as estruturas do próprio Estado e da hermenêutica jurídica já haviam se contaminado com fundamentos “fascistas”. Vejo que Vianna apenas reconheceu, ao rejeitar as acusações vinculadas ao nazifascismo, a sua óbvia aproximação a tal cenário, pois antes mesmo do Nazismo, Weimar já propiciava uma organização jurídica nazifascista.

Assim, a Justiça do Trabalho brasileira nasceu com uma representação classista e paritária vinculada à busca pela “conciliação” facilitada por juízes e representantes de classes “articulada a um projeto maior de Estado corporativo, existindo também em órgãos de administração estatais. Essa característica (dispositivo fascista) era experimentada em países da América e da Europa desde o começo da década de 1930” (SILVA, 2010 apud FORNAZIERI, 2013). Afinal, se seu anteprojeto “corporativista” (Estado interventor das questões trabalhistas) não fosse fascista, não teria esse teor “autoritário” de solucionar uma negociação diante de um “dissídio coletivo”, não teria fins políticos para com o âmbito corporativo, não deveria ter buscado o “insolidarismo social” (individualismo).

A HERMENÊUTICA E A RETÓRICA GERMÂNICA CONTEMPORÂNEA E SUAS INFLUÊNCIAS NA CIÊNCIA DO DIREITO BRASILEIRA

Diante do contexto contemporâneo, o judiciário brasileiro ainda evidencia o extrapolamento das suas funções tal como se percebe no debate entre Vianna e Ferreira durante o Varguismo, hoje sob a prerrogativa de que a “doutrinação” passou a ser uma função do judiciário assim como o estabelecimento de “normativas” que se assemelham ao papel das leis.

Conforme Parini (2019), na hermenêutica jurídica atual, o juiz não buscar “decidir”, quer fazer a “ciência jurídica”, em especial, em tempos de escala industrial na jurisprudência em detrimento da ra-

cionalidade. Complementa-se esse posicionamento com o exemplo de Adeodato (2019) de que a ex-presidenta Dilma Rousseff pôde se candidatar ao cargo de senadora sem a legitimidade da lei, mas sob uma normativa do Superior Tribunal Federal, o qual ignorou o texto legal.

Tendo em vista esse cenário, Adeodato (2019) afirma que há uma “pulverização” das decisões jurídicas, ou seja, diante da hierarquia normativa, nem sempre o direito é promovido pelos juristas, mas, por exemplo, por outros meios como o Camex, que estabelece regulamentações (Direito) sobre o Comércio Exterior (Economia) e nos casos de conciliação e mediação enquanto forma de solucionar litígios. Além disso, há uma “sobrecarga judiciário”, o decididor já não é capaz de atender às demandas processuais ao passo que o judiciário retira o poder diante do papel do Legislativo. O “direito” também está sobrecarregado, a sociedade hipercomplexa se modifica intensamente, tal como no pensamento de Heráclito; transforma-se, por exemplo, devido às mídias: à linguagem e à cibercultura (mundo virtual).

Assim, a lei se torna disfuncional e desnecessária, em especial, devido a questões morais, o bem e o mal tornam-se relativos; mudam-se as concepções devido a metamorfose dos traços culturais, das formas de pensar. Por isso, em oposição à concepção de Zippelius (2006) que afirma existir um consenso popular em relação à vida comunitária e ao papel do Direito para tal, na atualidade, não existe consenso, mas, um dissenso social (opiniões distintas). Além disso, Adeodato (2019) recorre a Müller (1997) para apontar que o conceito de povo e do poder por ele emanado (democracia) também é diverso, o que reafirma tal “hipercomplexidade”.

Sob outra perspectiva, para Häberle (1976, p. 293), pode-se compreender a democracia como “domínio do cidadão, não do Povo, no sentido de Rosseau”, pois “a democracia do cidadão é mais realista que a democracia popular”; admite ainda, erros (relativizadores) na “interpretação” do conceito de “Povo”. Ademais, o “pluralismo” seria a única premissa a ser defendida pela Constituição, logo, é indispensável que na sociedade aberta “todos” possam participar ativamente das decisões, deve ocorrer uma “mediação entre Estado e sociedade”.

A retórica se insere, então, como filosofia de vida, como meio para distinguir o significado racional, do significante, e a linguagem, dos

sentidos, deve perceber o afastamento dos signos e dos significados, como se observa na Virada Linguística de Wittgenstein (ADEODATO, 2019). Nesse cenário, os signos (símbolos) se afastam dos seus significados (sentidos), logo, a democracia (símbolo) se afasta do “governo da maioria popular” (sentido), do “espírito do povo” em Savigny (ZIPPELIUS, 2006).

Salgado (2019) ainda afirma uma tríade de elementos indispensáveis para conceituar o Estado democrático de Direito, em especial, o paradigma da igualdade, que conforme a fenomenologia do Espírito de Hegel, está pautada na ideia de que o indivíduo toma consciência de si para tomar consciência do outro indivíduo enquanto seu semelhante, uma relação “eu-tu” que forma “nós”. Ademais, a liberdade é o segundo “elemento” ao passo que se caracteriza como poder de escolha (livre-arbítrio), é uma estrutura pautada na autonomia da vontade e no domínio da natureza. Esta “natureza” é modificada pelo terceiro elemento o “labor humano”, este é o “vetor” do Estado e transforma a história; a organização estatal é, conseqüentemente, mutável, pois não existem verdades absolutas para a sua esfera, diferentemente do que pensava Hegel.

Em uma concepção fenomenológica, Araújo (2019) defende que a compreensão do existir é temporal, é uma construção histórica; e as leis são, por conseguinte, resultado de um espaço-tempo, logo, a aplicação, integração e interpretação das normas (hermenêutica) possui obviamente, ainda que indefinido, um prazo de validade. No entanto, o Direito dos tempos antigos não pode ser aplicado à atualidade, ainda que corresponda a uma estrutura basilar e importante do Direito contemporâneo, como no caso do Direito Romano (*Corpus Juris Civilis*) fonte pioneira da Hermenêutica Jurídica em Oliveira (2019).

Outrossim, como Araújo (2019) relembra em relação a Husserl, as sociedades se transformam e as leis são como “lembranças”, mas, a sua aplicação depende da consciência humana, ou seja, dos estímulos da jurisprudência à mediada que uma imagem dos fenômenos legais prévios é representada pela “razão” do magistrado na sua decisão. Mormente quanto à hermenêutica, o Direito deve buscar a “verdade” na interpretação das leis de acordo com o Estado e sua Constituição ao passo que, enquanto se manifesta como organizador dessa estrutura,

é responsável por garantir o “máximo ético”, isto é, os direitos fundamentais (constitucionalização dos direitos humanos) (SALGADO, 2019). E o ordenamento jurídico (código) não é como o átomo de DEMÓCRITO (imutável) ainda que seja uma “unidade”, mas, deve ter uma sistematização.

Essa ideia do Direito do Estado enquanto forma de poder manifestada pela retórica como imprescindível “arma” no discurso político ainda persiste. Contudo, na contemporaneidade, o Estado deve se preocupar com novas perspectivas, como coordenar sua estrutura racional ao passo que a aplicação do Direito (hermenêutica) busca a sua imparcialidade, ou seja, concretizar direitos para todos em detrimento de particularidades e procurar o discurso argumentativo retórico pautado na formalização de contraditórios (ampla defesa das partes envolvidas) (SALGADO, 2019). Nesse sentido,

Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior [...] (e) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque se não for, não deverá fazê-la incidir. Esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do Direito, ainda que não seja por ele explicitada” (BARROSO, 2017).

Dessa forma, no Brasil, o respeito a princípios mais democráticos, diferentemente daquele contexto dos tempos medievais autoritários e dos regimes nazifascistas, é uma consequência da soberania dos “ordenamentos” que o país passou a possuir após a Constituição Federal de 1988 e de sua “hermenêutica”.

Logo, Fernandes (2019) concorda com o pensamento de Salgado (2019) e associa que um dos papéis do Estado, por meio do neoconstitucionalismo manifestado na aplicação jurídica nos tribunais, consiste na “infiltração” de valores éticos e de justiça no direito. Assim, uma vez que assegurar direitos fundamentais constitui um preceito indissociável ao neoconstitucionalismo, incluiria ao pensamento de Salgado (2019), a concepção de Barroso (2017) acerca do “princípio da dignidade da pessoa humana na nova dogmática jurídica”, neoconstitucional, cujo ponto de partida é a filosofia do pós-positivismo: unificadora do jusna-

turalismo (direito natural, metafísico, de fundamentação divina) e do positivismo jurídico após a “superação histórica do jusnaturalismo e à queda do positivismo devido ao nazifascismo”.

Em adição a essa percepção, Parini (2019) faz uma interessante distinção acerca das palavras derivadas do verbete “positivo”, logo, positividade é a secularização do direito, positivismo jurídico é como o direito se produz e direito positivado é o direito produzido pela retórica presente nas normas. Isso representa, conforme Parini (2019), ao utilizar o pensamento de WEBER, a “burocratização do direito”. Além disso, defende que as leis positivadas, os axiomas (dogmas), são o ponto de partida para a interpretação, contudo, ressalta que a dogmática, nesse caso, deve ser mais flexível a fim de que o magistrado possa compreender os sentidos concretos (casuísticos) e argumentar (decidir) sobre o texto. Isso é, segundo Zippelius (2016), o estabelecimento de efeitos jurídicos (estatuição) com base na norma (previsão) de modo que o juiz interprete os dispositivos legais (direito positivado).

CONCLUSÃO

Seguindo-se os pressupostos de Häberle (1976), de modo distinto ao de Adeodato (2019), seria possível chegar à adequação da “hermenêutica constitucional” à sociedade pluralista atual, isto é, alcançar um consenso pautado no respeito aos direitos fundamentais e na decisão de uma maioria diante do respeito a grupos minoritários.

Assim, Barroso (2017) sugere um retorno do direito contemporâneo à moral (ética); logo, faz-se necessário uma “virada kantiana” (*kantische Wende*), isto é, a volta à influência da filosofia de Kant, (uma reaproximação entre ética e direito, com a fundamentação moral principalmente dos direitos humanos).

Isso corrobora com a tese de Kirste (2013) de que a Ciência do Direito deve ser mais aberta em prol de teorias e práticas jurídicas mais dinâmicas e não restritas apenas aos códigos, mas que compreendam, por exemplo, a esfera ético-moral. Outrossim, é válido ainda ressaltar que a minoria deve ser respeitada ainda que a maioria seja democrática; pois o Direito não aplica a lei do mais forte, mas, deve buscar fazer o uso de “pesos e contrapesos” e, conseqüentemente, fomentar o respei-

to às diferenças da sociedade plural ao se considerar o Estado contemporâneo democrático de Direito.

Portanto, o Direito, por meio da sua esfera do discurso argumentativo técnico (retórica), molda-se através das construções histórico-filosóficas ao longo dos processos socioculturais que permitem a aplicação, o entendimento e a integração (hermenêutica) dos seus conceitos, normas, fontes e interpretações jurídicas diante do papel da Constituição e da separação de poderes, da coerção do Estado e seu poder sobre os cidadãos, em uma sociedade hipercomplexa.

BIBLIOGRAFIA

ANGERER, Carlo; ISIKOFF, Michael. Sochi Security: Warning of Cyber Attacks as Hackers Target Games. **NBC NEWS**, New York, Feb. 07, 2014. Disponível em: <https://www.cnbc.com/2014/02/07/sochi-security-warning-of-cyber-attacks-as-hackers-target-olympics> . Acesso em: 06 nov. 2019.

ASSEMBLEIA GERAL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2019.

ADEODATO, J. 2002. **Filosofia do Direito : uma crítica à verdade na ética e na ciência**. P. 15, 51; 2. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Quatro sobrecargas no direito subdesenvolvido: paciência ou o que?** In: IV Seminário de Filosofia do Direito: entre Hermenêutica e Retórica, 07/08 de maio, 2019. Viçosa: UFV, 2019.

ARAÚJO, J. **Notas para uma fenomenologia da violência**. In: IV Seminário de Filosofia do Direito: entre Hermenêutica e Retórica, 07/08 de maio, 2019. Viçosa: UFV, 2019.

ARENDT, H. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Trad. José Rubens Siqueira. Páginas 299 e 510. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARISTÓTELES (1998). **Retórica**. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda. In: Serra, P.. A relação entre ethos e logos no processo de persuasão. Universidade da Beira Interior, Portugal. 2008.

BARROSO, L. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Páginas 6, 32 e 33. 2017.

BIELSCHOWSKY, R. **O (não) Direito Nazista e o Método jurídico: alternâncias entre o formalismo e o anti-formalismo**. In: IV Seminário de Filosofia do Direito: entre Hermenêutica e Retórica, 07/08 de maio, 2019. Viçosa: UFV, 2019.

BOTELHO DE OLIVEIRA, A. **O debate entre Oliveira Vianna e Waldemar Ferreira a respeito da sentença normativa: um olhar a partir de uma perspectiva retórica**. In: IV Seminário de Filosofia do Direito: entre Hermenêutica e Retórica, 07/08 de maio, 2019. Viçosa: UFV, 2019.

CAMPOS, C.. (1970). **Hermenêutica Tradicional e Direito Científico**. Imprensa: Belo Horizonte, Imprensa Oficial, 1970. Em: OLIVEIRA, P. *A formação histórica da hermenêutica jurídica e filosófica*. Páginas 1-45. Editora D'Plácido, 2018.

CARDOSO, R. O enigma da razão: uma abordagem evolucionista da retórica. 2019. In: IV Seminário de Filosofia do Direito: entre Hermenêutica e Retórica, 07/08 de maio, 2019. Viçosa: UFV, 2019.

DAZINGER, S; LEVAV, J; AVNAIM-PESSO, L. **Extraneous factors in judicial decisions**. PNAS - April 26, 2011, vol. 108, no. 17, 6889–6892. 2011.

DROPPA, A.. **O poder normativo e a consolidação da justiça do trabalho brasileira: a história da jurisprudência sobre o direito coletivo do trabalho**. DOI: 10.20509/TEM-1980-542X2016v224001 Tempo (Niterói, online) | Vol. 22 n. 40. mai-ago., 2016.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do Direito**. 4. ed.
São Paulo: Atlas, p. 41. 2003.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de
Raquel Ramallete. Página 163. Petrópolis, Vozes, 1987.

FERNANDES OLIVEIRA, I. **Justiça ou dominação? O olhar crítico da retórica sobre as decisões judiciais no cenário jurídico brasileiro contemporâneo**. In: IV Seminário de Filosofia do Direito: entre Hermenêutica e Retórica, 07/08 de maio, 2019. Viçosa: UFV, 2019.

GARCIA AMADO, J. **Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho**. Página 348-49. ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO VIII 341-364. Oviedo, España. 1991.

GARGARELLA, R.. **Em nome da constituição. O legado federalista dois séculos depois**. En publicacion: Filosofia política moderna. De Hobbes a Marx Boron, Atilio A. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciencias Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, USP, Universidade de Sao Paulo. ISBN: 978-987-1183-47-0. 2006.

HÄBERLE, P. A Sociedade aberta dos intérpretes da constituição; contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 1997.

HIDALGO, A. **Antiformalismo jurídico, aproximaciones básicas**. Revista de Derechos Fundamentales - UNIVERSIDAD VIÑA DEL MAR - Nº 11 (2014), pp. 197. 2014.

KAUFMANN, A. **Rechtsphilosophie and Nationalsozialismus**. In: Beitrdge zur Juristischen Hermeneutik, Kó1n, etc.: Carl Heymann, pp. 189-190. 1984.

KANT, I. **Resposta à pergunta: Que é o iluminismo?** In: _____. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1995. p. 11 [A481].
Doravante apenas Resposta. 1995.

- KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. p. 235-236. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KIRSTE, S. **Introdução à filosofia do direito**. Páginas Tradução de Paula Nasser; apresentação de Marcelo Campos Galuppo. 43,47 e 48 – Belo Horizonte : Fórum, 2013.
- LAFER, C.. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- MANN, T. **Ouvintes alemães! Discursos contra Hitler (1940-1945)**. Trad. Antonio Carlos dos Santos e Renato Zwick. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.
- MARINHO, R. **Origens tardo medievais do direito enquanto lei: autoridades, franciscanismo e nominalismo**. In: IV Seminário de Filosofia do Direito: entre Hermenêutica e Retórica, 07/08 de maio, 2019. Viçosa: UFV, 2019.
- MÜLLER, F. **Wer ist das Volk? Die Grundfrage der Demokratie – Elemente einer Verfassungstheorie VI**. Berlin: Duncker & Humblot, 1997.
- NASCIMENTO, J. S.. **A relação entre lógica, páthos e éthos na arte retórica de Aristóteles**. Viva vox (Grupo de pesquisa em Filosofia Clássica e Helenística). Anais de Filosofia Clássica, vol. 9 no17, 2015 - ISSN 1982-5323.
- NEVES, M. **De la autopoiesis a la alopoiesis del derecho**. Doxa. n. 19 (1996). ISSN 0214-8876, p. 403-420. Em: Pereira, G; O direito como sistema autopoietico. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 55, p. 86-92, out./dez. 2011.
- OLIVEIRA, P. **A formação histórica da hermenêutica jurídica e filosófica**. Páginas 39, 40 e 45. Editora D'Plácido, 2018.
- PARINI, P. **O lugar da retórica na reprodução do direito moderno contemporâneo**. In: IV Seminário de Filosofia do Direi-

to: entre Hermenêutica e Retórica, 07/08 de maio, 2019. Viçosa: UFV, 2019.

PLATÃO. **EUTHYDEMUS**. Champaign: Project Gutenberg, 2008.

REALE, M. **Lições Preliminares de Direito**. Páginas 25 e 51. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALGADO, R. **A formação do sentido de Estado e Retórica**. In: IV Seminário de Filosofia do Direito: entre Hermenêutica e Retórica, 07/08 de maio, 2019. Viçosa: UFV, 2019.

SILVA, F. **The Brazilian and Italian Labor Courts: Comparative Notes**. Páginas 387-88. International review of social history, n. 55, 2010. In: FORNAZIERI, L. Um projeto de Justiça do Trabalho no Brasil: o debate entre Oliveira Vianna e Waldemar Ferreira (1934-1938). Páginas 2 e 12. XXVII Simpósio Nacional de História. 2013.

VELLOSO, P. **Práticas de Estatalidade**. In: IV Seminário de Filosofia do Direito: entre Hermenêutica e Retórica, 07/08 de maio, 2019. Viçosa: UFV, 2019.

VILHENA, P. **A sentença normativa e sua classificação**. Revista de informação legislativa, v. 7, n. 25, p. 93-102, jan./mar. 1970.

ZIPPELIUS, R. **Introdução ao Estudo do Direito**. P. 1 ss. Tradutora: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey. 2006.

_____. **Teoria do Método Jurídico**. P. 1ss. Tradução António Franco e António Francisco de Sousa. 11ª edição. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público. 2016.

O CASO PERRUCHE E A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Carlos Eduardo da Silva Farias dos Santos

INTRODUÇÃO

Os pais de Nicolas Perruche, um jovem com deficiência física e mental, ingressaram no judiciário francês alegando o direito do filho de não ter nascido. Isso porque a mãe de Nicolas contraiu rubéola durante a gravidez e como os médicos não diagnosticaram a doença corretamente, o que acarretou o nascimento de Nicolas Perruche com deficiências graves e impossibilitando assim a opção da mãe pelo aborto.

Ao ser concedida a indenização no Acórdão Perruche, a mais alta Corte da França deixa implícito o reconhecimento e a reparação de certo direito de não nascer. Há também na jurisprudência americana as ações que versam acerca de reparação por erro médico que podem ser propostas pelos pais em nome próprio ou pelos pais em nome do filho menor. Tais ações são conhecidas como: *wrongful birth action* e *wrongful life action*.

Apesar de fazerem quase duas décadas do fato gerador da discussão acerca do “direito de não nascer” ainda hoje suscita acaloradas e incontrovertidas argumentações pró e contra tal direito. Essa discussão é uma preocupação ao mesmo tempo filosófica e jurídica. Ela entra no campo da bioética e principalmente no biodireito.

Mas a grande questão que o caso emergiu foi se de fato existe um direito de não-nascer. Se é possível um indivíduo pleitear ou valer-se

desse direito, ou suposto “direito”. É preciso levar em consideração que não há como saber a vontade do indivíduo antes do nascimento, bem como não há como saber se a vida que levará após o nascimento será realmente injusta ou indesejada.

A relevância do tema deste trabalho encontra-se no fato de buscar refletir a complicada função do Poder Judiciário frente ao direito de “não nascer”. Este trabalho corrobora com a fomentação do biodireito, buscando analisar o polêmico e controvertido direito de “não nascer” através do caso “Perruche” e o difícil papel do judiciário ao julgar casos de tamanha complexidade e a identificação de um culpado, bem como a mensurabilidade pecuniária de uma “vida indesejada” ou “injusta”. Esta pesquisa contribuirá no fornecimento de elementos reflexivos sobre uma das questões do biodireito: o direito de “não nascer” e a responsabilidade civil médica, e as implicações que tal direito pode acarretar para a sociedade.

DIREITO À VIDA E DIREITO DE NASCER

No ordenamento jurídico brasileiro, assim como basicamente em todos os ordenamentos existentes de Estados democráticos de Direito, há uma “super” valorização e proteção da vida, fruto da primeira dimensão do direito. Expresso de maneira explícita e implícita no princípio no direito à vida. Bem como outro valor/princípio que se firma no ser humano enquanto tal, expresso de maneira explícita e/ou implícita em normas que versam ou exprimem o direito/princípio da dignidade da pessoa humana.

É naturalmente razoável que a teoria do direito de não nascer (direito a não existência) gere uma atmosfera, primeiramente, de perplexidade e estranhamento posto que, como foi dito acima, os ordenamentos jurídicos da maioria dos países parte, em regra, de que só é possível a aquisição de direitos e deveres a partir do nascimento com vida. Isso porque o direito à vida condiciona os demais direitos da personalidade.

Evidentemente que o direito à vida, que se encontra positivado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal do Brasil de 1988, é um bem jurídico protegido e tutelado desde a fecundação do óvulo pelo es-

permatozoide, ou seja, a partir da concepção¹²⁸. Nos dizeres de Maria Helena Diniz (2006, p. 24): “Se assim é, a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo. O respeito a ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorre de um dever absoluto erga omnes, por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer”.

É tarefa da bioética refletir e do biodireito normatizar acerca dos problemas ou impasses surgidos desse conflito aparente de direitos. De um lado o direito à vida e do outro o direito de não nascer. Torna-se ainda mais complexo na medida em que abrange outras áreas do direito (sem falar da discussão social, cultura e religiosa) como o direito civil e o direito penal. Pois como já fora dito a lei salvaguarda os direitos do nascituro desde sua concepção. Contudo, o Código Civil assevera que a personalidade civil só é adquirida com o nascimento com vida. Segundo o Código Civil de 2002: “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Ainda, é de bom tom ressaltar que nenhum direito fundamental é absoluto, visto que podem entrar em dissonância uns com os outros. No caso em tela (direito à vida X direito de não existir) tem-se o direito fundamental à vida em conflito com o direito fundamental da dignidade da pessoa humana que é invocado no direito de não nascer. O Supremo Tribunal Federal se manifestou a esse respeito no seguinte trecho do MS 23.452/RJ, rel. Min. Celso de Mello, DJ 12.05.2000:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razão 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.

128 O Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, prescreve em seu artigo 4º (Direito à vida) o que se segue: “1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, **desde o momento da concepção**. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”. (Grifo nosso)

A despeito do relativismo dos direitos fundamentais pode ser citado, a nível de exemplo, a existência da pena de morte em caso de guerra declarada. Ou seja, o direito à vida não é absoluto no ordenamento jurídico brasileiro. No mesmo sentido diz Branco (2007, p. 230-231)¹²⁹: “os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. (...) Até o elementar direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, a, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada”.

É justamente por isso que é possível que ambas as partes (reclamante e reclamado) se valiam de direitos fundamentais diferentes e até mesmo um mesmo direito. O que é muito comum e serve basicamente para todas as causas é o princípio da dignidade da pessoa humana. Existem vários casos em que alguém ingressa no judiciário suscitando na defesa de sua causa o princípio da dignidade da pessoa humana para buscar reparação civil de algum dano que tenha sofrido por culpa médica ou até mesmo por conta dos genitores.

Com isso inúmeras indenizações são solicitadas ao redor do mundo. É a partir de casos desse naipe que fez surgir para o Ordenamento Jurídico de alguns países o direito de não nascer. Mais precisamente surgiu em decorrência do “Caso Perruche”, julgado pela Corte de Cassação francesa em novembro de 2000¹³⁰.

Caso Perruche

Em 1982, Josette Perruche, grávida de dezoito semanas, descobriu manchas vermelhas cobrindo o corpo de sua filha de quatro anos de idade. A criança foi diagnosticada com sarampo alemão, mais conhecida como rubéola. A Senhora Perruche temendo pela saúde do nascituro foi ao médico, pois se caso estivesse infectada pela abortaria, em vez de arriscar dar à luz uma criança gravemente incapacitada. Josette Perruche foi submetida a dois exames de sangue com duas semanas de

129 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *et al.* **Curso de Direito Constitucional**, pp. 230 e 231. São Paulo; Saraiva, 2007.

130 Disponível em: https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation/2/bulletin_information_cour_cassation/27/bulletins_information_2000_1245/no_526_1362/. Acessado em: 16/01/2019

intervalo. O testes foram inconclusivos, porém o médico disse a ela que seria seguro prosseguir com a gestação. Contudo, um exame de sangue posterior mostrou que o laboratório havia cometido um erro.

Em decorrência de um erro médico em 1983 Nicholas Perruche nasceu com deficiências neurológicas (síndrome de Gregg), surdo, com retinopatia e cardiopatia. Dentro de dois anos a senhora Perruche sofreu um colapso nervoso requerendo cuidados psiquiátricos e Nicholas ficou sob os cuidados de uma instituição governamental, passando finais de semanas alternados com os pais que se divorciaram.

A Corte de Cassação francesa (*Cour de Cassation*), reunida em assembleia plenária, manifestou-se favorável ao direito de concessão de indenização, pois os erros cometidos pelo médico e pelo laboratório de análises clínicas haviam subtraído da genitora a possibilidade de interromper a gestação, evitando dessa maneira que o filho tivesse uma “vida injusta”. Poder-se-ia encaixar tal fato na teoria da perda de uma chance existente no ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo a Corte de Cassação, Assembleia plenária, de 17 de novembro de 2000, 99-13.701, Publicado em boletim¹³¹:

ALORS QUE, decorre das déclarations des juges des mérites que a Sra. X ... mostrou o desejo de causar uma interrupção da gravidez em caso de rubéola; que os erros combinados dos praticantes levaram à falsa certeza de que a Sra. X ... era imune à rubéola e que ela poderia continuar sua gravidez sem qualquer risco para a criança; que conseqüentemente essas falhas eram geradoras dos danos sofridos pela criança por causa da rubéola de sua mãe; que, ao negar qualquer vínculo causal entre as faltas encontradas e o dano sofrido pela criança, o acórdão recorrido violou o artigo 1147 do Código Civil. (Tradução nossa).¹³²

131 Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007041543>. Acessado em 16/01/2019.

132 “ALORS QUE, il résulte des propres énonciations des juges du fond que Mme X... avait manifesté la volonté de provoquer une interruption de grossesse en cas de rubéole ; que les fautes conjuguées des praticiens ont induit la fausse certitude que Mme X... était immunisée contre la rubéole et qu’elle pouvait poursuivre sa grossesse sans aucun risque pour l’enfant ; qu’en conséquence ces fautes étaient génératrices du dommage

Ao conceder a indenização por erro médico, tendo em vista a possibilidade de que poderia não ter nascido, a Corte de Cassação francesa positivou a existência de um novo direito. O direito de não nascer.

A grande questão suscitada no Acórdão Perruche é justamente o reconhecimento de um suposto direito de não nascer que tem por fundamento filosófico uma “vida injusta”. Por se tratar de um fundamento extremamente subjetivo não é possível classificar uma vida sendo ou não injusta. Contudo, parece ser bem razoável afirmar que no caso de Nicholas Perruche a injustiça não se encontra no erro médico, mas sim os efeitos da doença que afetava não só seu corpo como também o seu “ser no mundo”¹³³ (Dasein).

Outro conceito que parece surgir é o de “nascimento injusto”. Aqui é preciso ter em óptica a situação de Josette Perruche, mãe de Nicholas. Ela foi clara ao dizer ao médico que faria o aborto caso fosse comprovado que ela estava com rubéola, porém por erro médico essa chance de praticar o aborto legal foi perdida. Nesse caso parece razoável ligar a injustiça com o fato da senhora Perruche ter dado a luz à Nicholas. Logo, a injustiça se encontra na perda da chance¹³⁴ de aborto pelo erro no diagnóstico, responsabilidade civil do médico e do laboratório.

WRONGFUL LIFE E WRONGFUL BIRTH ACTIONS

No ordenamento jurídico norte americano a jurisprudência nomeia ações nesse sentido de *wrongful life* (vida injusta/vida errada) e *wrongful birth* (nascimento injusto/nascimento errado). A primeira só pode ser reclamada em nome da criança, aquela que é afetada pela vida indesejada. Nesse caso o titular do direito e da ação é a própria crian-

subi par l'enfant du fait de la rubéole de sa mère ; qu'en niant tout lien de causalité entre les fautes constatées et le dommage subi par l'enfant, l'arrêt attaqué a violé l'article 1147 du Code civil”.

133 A noção de “ser no mundo” foi desenvolvida sistematicamente pelo filósofo alemão Martin Heidegger no tratado *Ser e Tempo* (Sein und Zeit), de 1927.

134 Com o termo: “perda de uma chance” não quero designar a teoria da perda de uma chance adotada pelo Direito Pátrio para responsabilizar o médico, mas apenas dizer que de fato a mãe de Nicolas perdeu uma oportunidade legal. Logo, um direito.

ça. A segunda só pode ser proposta pelos genitores em nome próprio. Logo, os pais são os titulares da ação.

Uma *wrongful birth action* é intentada pela mãe e/ou pelo pai em seu próprio nome. Nela, os progenitores alegam essencialmente terem perdido o direito de tomar uma decisão informada sobre a manutenção da gravidez relativa a um filho marcado por defeitos congênicos, eventualmente capazes até de provocar a respetiva morte à nascença (*v.g.* hérnia diafragmática congênita). [...]

Uma *wrongful life action* é proposta pelo filho, tipicamente (quando seja incapaz) por intermédio dos pais em seu nome (nos termos gerais do artigo 1878.º, n.º 1, Código Civil). Dado que o lesado é a criança, eles atuam, portanto, como representantes (legais) e não em nome próprio. (GONZÁLEZ. 2014, p. 10-11)

Tais reclamações tem início com ações de filhos contra os pais por sofrerem supostos danos em decorrência de terem nascidos em situações familiares ou sociais indesejadas (caso *Zepeda vs Zepeda*)¹³⁵. Apesar de na origem essas ações que são proposta pelos filhos contra os pais terem um viés sociais as *wrongful life* e *wrongful birth actions* diferem daquelas no fato da enfermidade que sofre a criança ser a base sobre a qual o pedido de indenização é requerido, e não por motivos sociais.

Outra situação muito similar ao caso Perruche aconteceu no caso *Gleitman vs. Cosgrove* de 1967. Irwin Gleitman e Sandra Gleitman recorreram ao judiciário em nome do filho menor, Jeffrey Robert Gleitman. A Sra. Gleitman contraiu durante a gravidez rubéola e procurou assistência médica, o Dr. Robert Cosgrove Jr e a Dra. Jerome Dolan, que a tranquilizaram afirmando que o nascituro não teria nenhum

135 Esse caso aconteceu no Tribunal de Apelação de Illinois - Primeiro Distrito, Terceira Divisão em 3 de abril de 1963. Joseph Dennis Zepeda, um menor, ingressou no judiciário norte americano de Illinois buscando indenização contra seu pai, Louis Raul Zepeda. O motivo da demanda é que Dennis era fruto de uma relação fora do casamento. Dennis demandou seu pai por ser filho ilegítimo. Disponível em: <https://www.leagle.com/decision/196328141illapp2d2401238>. Acessado em: 21/01/2019.

problema. Após o nascimento e tendo se passado algumas semanas a criança, Jeffrey, começou apresentar várias deformações e problemas de saúde¹³⁶. Tal demanda foi considerada improcedente pelo tribunal por motivos de ordem pública, moral e por considerarem o primado da vida frente a morte.

Porém, em 19 de fevereiro de 1975 o Supremo Tribunal do Texas admite a indenização por erro médico por negligência no caso *Jacobs vs Theimer*¹³⁷. O caso é idêntico ao caso Perruche e ao caso Gleitman vs. Cosgrove. A Sra. Dortha Jean Jacobs contraiu rubéola durante a gestação e não foi informada por seu médico que a criança poderia nascer com sérios problemas de saúde e com má formação, fazendo-a perder a oportunidade de fazer o aborto. Percebe-se na jurisprudência norte americana, após oscilações nas decisões, que passaram a admitir a demanda.

Segundo González (2014, p. 11): “O dano concretamente sofrido consiste, por isso, em ter que existir com uma deficiência que jamais se produziria caso o nascimento não tivesse sobrevivido: é o chamado *dano de viver* resultante da violação do apelidado “right not to be born””. O direito de não nascer torna-se extremamente complexo na medida em que, nas *wrongful life actions*, a criança não pede indenização financeira para tratamento de sua enfermidade enquanto viver, o que seria de certo modo mais simples, pois seria mais fácil de computar valores com tratamento e remédios. Mas o que a criança pede efetivamente na *wrongful life action* é a indenização por ter que viver de forma injusta e indesejada. Logo, o direito violado, como é perceptível, é o de não viver.

A grande questão que surge é como indenizar pecuniariamente uma vida injusta. Como quantificar o valor de uma vida fadada a deficiência, as dificuldades e ao preconceito social? Será que seria realmente melhor ou preferível a não existência ao invés de uma existência com sérios problemas de saúde e mental? Essas são questões subjetivas e que não há uma resposta certa e absoluta, pois cada pessoa tem sua opinião acerca do que gostaria ou o que faria nessa situação.

136 Disponível em: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1967/49-n-j-22-0.html>. Acessado em 21/01/2019.

137 Disponível em: <https://law.justia.com/cases/texas/supreme-court/1975/b-4583-0.html>. Acessado em: 21/01/2019.

Essas ações (*wrongful life* e *wrongful birth*) que são expressões jurídicas do direito de não nascer buscam um ressarcimento frente a lesão que as vítimas sofreram em decorrência de erro médico. Nos casos relatados e em inúmeros outros, mas em especial o caso Perruche, vê-se duas consequências do erro médico: de um lado a perda oportuna do aborto; e do outro uma vida indesejada. Consequências para pais e filho.

O Código Civil brasileiro em seu art. 186 prescreve que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Logo, toda pessoa física ou jurídica que causar dano a outrem comete ato ilícito. Ainda mais a frente no Código Civil brasileiro no art. 927 diz que essa pessoa que cometeu ato ilícito tem a obrigação repará-lo independentemente de culpa.

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

ERRO E RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Para entender de maneira mais efetiva o “direito de não nascer” e, por conseguinte, as *wrongful birth* e as *wrongful lifes actions* é preciso o estudo e compreensão da responsabilidade civil dos profissionais da saúde, principalmente a do médico.

A falta de sucesso médico no tratamento de algumas doenças e principalmente no diagnóstico não têm sido encaradas com bons olhos, pois os recursos existentes fazem com que as pessoas depositem sua “fé” na ciência¹³⁸, atribuindo a essa uma infalibilidade praticamente absoluta. Esse tipo de pensamento tem gerado uma maior culpabilidade do profissional da saúde. É possível de vislumbrar o reflexo de

138 DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

tal pensamento no crescente número de ações que têm surgido nos últimos anos¹³⁹.

Ao falar de erro médico indenizável é preciso que esse erro, por óbvio, tenha causado algum dano, material ou moral. E o que viria a ser dano? Segundo Sergio Cavalieri Filho (2008, p. 71)¹⁴⁰:

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

Se a vítima não sofreu nenhum dano, patrimonial, moral ou potencial, logo não há o que ser reparado ou indenizado. Cabe agora definir o que seria o erro médico. Júlio Cezar Meirelles Gomes e Genival Veloso França (1999, p. 25)¹⁴¹ conceituam o erro médico da seguinte forma: “Erro Médico é a conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência”.

139 “Acusações referentes a erro médico somaram 70 novas ações por dia no país – ou três por hora – em 2017. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foram pelo menos 26 mil processos sobre o assunto no ano passado. O órgão compila dados enviados por tribunais estaduais e federais, além do STJ (Superior Tribunal de Justiça) - onde foram parar os dois casos citados anteriormente. Por inconsistências metodológicas entre as bases, contudo, o número pode ser maior. Também por essa ressalva, o conselho não recomenda a comparação da evolução anual. Mas os números de alguns tribunais dão a dimensão da tendência com o passar dos anos: no STJ, novos casos referentes a erro médico passaram de 466 em 2015 para 589 em 2016 e 542 em 2017. No TJ-SP, o maior do país, os números passaram de 5,6 mil (2015) a 2,9 mil (2016) e, finalmente, 4,6 mil (2017)”. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45492337>. Acessado em: 23/01/2019.

140 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. pág. 71.

141 GOMES, J. C. M.; FRANÇA, G. V. *Erro médico: um enfoque sobre sua origem e consequências*. Montes Claros-MG: Unimontes, 1999, p.25.

O erro médico é, sob o prisma jurídico, o mau resultado involuntário, oriundo de falhas estruturais, quando as condições de trabalho e os equipamentos forem insuficientes para um satisfatório atendimento, ou de trabalho médico danoso ao paciente, que possa ser caracterizado como imperícia, imprudência ou negligência (Código de Ética Médica, art. 29), gerando o dever de indenizar. (DINIZ. 2006, p. 681)

Maria Helena Diniz ao falar do erro médico na citação acima traz à baila que o erro médico para ser indenizável precisa ser danoso, o que já se encontra em páginas anteriores, mas ela suscita três características necessárias para tal: a imprudência, a imperícia e a negligência. Por este motivo o erro médico está relacionado com a responsabilidade subjetiva, logo, é marcada pela culpa (negligência, imprudência ou imperícia). O ato culposo reside na violação do dever objetivo de cuidado exigido do agente nas circunstâncias concretas.

O ato culposo caracterizado pela imprudência pode ser definido como uma conduta positiva praticada pelo médico que, por não observar seu dever de cuidado, cause o resultado lesivo que lhe era previsível. É uma conduta perigosa onde o médico não toma os devidos cuidados que a situação exija. O médico tem consciência total dos riscos e mesmo assim toma a decisão que prejudica o paciente. Em outras palavras, a imprudência consiste em fazer o que não deveria ser feito

Já o ato culposo caracterizado pela negligência é justamente o contrário da imprudência. A negligência é o médico deixar de fazer aquilo que a diligência normal impunha. É deixar de tomar as devidas precauções. É um agir com descuido, sem atenção. O médico atua de maneira omissa, com absoluto descaso de suas obrigações morais e éticas o paciente.

Por fim, a imperícia pode ser conceituada como uma falta de conhecimento técnico (teórico e prático) na atuação profissional ou em determinada área da medicina e mesmo assim o médico pratica a ação no paciente. O médico imperito que cause danos a um paciente comete erro médico culposo.

A imperícia é o despreparo técnico ou intelectual, e ocorrerá se o médico fizer mal o que deveria ser bem feito; praticar ato

sem saber o que deveria ter conhecimento em razão de seu ofício; [...]

A imprudência surge quando o médico, por ação ou omissão, vem a assumir procedimentos de risco para o paciente sem respaldo científico ou sem prestar esclarecimentos à parte interessada. [...]

A negligência consiste no fato de o médico não fazer o que deveria ser feito. Trata-se do descaso nos compromissos assumidos profissionalmente e da falta de observância aos deveres exigidos pela situação em que se encontrar. [...] (DINIZ. 2006, p. 682-683)

Segundo o direito civil a responsabilidade do médico pode ser de duas naturezas: contratual (em regra) ou extracontratual (delitual). Apesar do Código Civil disciplinar a responsabilidade civil do médico no capítulo referente aos atos ilícitos, parece ser mais adequado caracterizá-lo na modalidade de responsabilidade contratual indo em sintonia com o art. 951 da mesma norma legal.

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por **aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo** para o trabalho. (Grifo nosso)

Segundo Maria Helena Diniz (2006, p. 687): “Realmente, nítido é o caráter contratual do exercício da medicina, pois apenas excepcionalmente terá natureza delitual”. A responsabilidade extracontratual ficará caracterizada quando o profissional da medicina praticar algum ilícito penal ou quando infringir normas que regulamentam a profissão médica.

O médico também responderá extracontratualmente quando, por exemplo: a) fornecer atestado falso; b) consentir, podendo impedir, que a pessoa não habilitada exerça a medicina; c)

permitir a circulação de obra por ele escrita com erros de revisão relativos à dosagem de medicamentos, o que vem a ocasionar acidentes ou mortes; d) não ordenar a imediata remoção de ferido para um hospital, sabendo que não será possível sua melhora nas condições em que o paciente está sendo tratado; e) operar sem estar habilitado para tanto; f) lançar mão de tratamento cientificamente condenado, causando deformação no paciente (RT, 180:178). (DINIZ. 2006, p. 688)

Pode-se concluir, do que foi exposto, que, segundo a doutrina e a jurisprudência pátrias, a responsabilidade civil médica é de caráter contratual por força do art. 951 do Código Civil e de natureza subjetiva, pois tem a culpa como elemento fundamental. Ainda o Código de Ética Médica veda aos médicos em seu “art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência”. “Portanto, a responsabilidade civil dos médicos somente decorre de culpa provada, constituindo uma espécie particular de culpa” (DINIZ. 2006, p. 690).

É bom salientar que a doutrina e a jurisprudência brasileira vislumbram, no tocante a responsabilidade civil médica, a possibilidade de indenização por erro médico tendo como fundamento a teoria da perda de uma chance. Porém, o dano a ser indenizado nesse tipo de caso é o dano potencial. É característica marcante da responsabilidade civil pela perda de uma chance que o dano potencial esteja na sua linha de desdobramento e que ele esteja situado efetivamente como um dano em potencial. É importante frisar que o que se busca não é indenizar a vantagem que o requerente teria, pois se assim o fosse estar-se-ia diante de uma situação de indenização com base em dano patrimonial por lucro cessante previsto nos artigos 402 e 403 do Código Civil de 2002.

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros

cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Diferentemente da indenização por dano patrimonial por lucro cessante o que se busca indenizar na responsabilidade civil pela perda de uma chance é a oportunidade de se alcançar a vantagem patrimonial ou não patrimonial. A indenização pela perda de uma chance situa-se exatamente no meio termo entre o dano emergente e o lucro cessante. Como pressuposto para a indenização pela perda de uma chance é necessário que a vantagem seja real, razoável e séria. “Verifica-se a perda de uma chance, portanto, quando o erro tenha reduzido as possibilidades concretas e reais da cura do paciente que venha a falecer em razão de doença tratada de maneira inadequada pelo médico”¹⁴².

O Informativo 513/STJ deixa explícito que o Superior Tribunal de Justiça entendeu cabível a aplicação da teoria da perda de uma chance no erro médico.

A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente que venha a falecer em razão da doença tratada de maneira inadequada pelo médico. (REsp 1.254.141-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 04/12/2012). (Grifo nosso)

Contudo, a teoria da perda de uma chance não se aplica nos casos em que se discute o direito de não nascer. Ou seja, a teoria da perda de uma chance não é cabível nas *wrongful life* e *wrongful birth actions*, pois nessas ações o dano suportado pelas vítimas é concreto e atual, imediato, e não potencial. As ações de *wrongful life* e de *wrongful birth* não comporta uma possibilidade futura. Em outras palavras, em certa

142 FARACO, Marcela. Direito Médico: Direito Médico: o Erro Médico e as ações indenizatórias enfrentadas pelos Médicos e demais profissionais da Medicina. MF – Direito e Advocacia, 01 out. 2014. Disponível em: <https://marcelafaraco.jusbrasil.com.br/artigos/142894575/direito-medico-o-erro-medico-e-as-aco-es-indenizatorias-enfrentadas-pelos-medicos-e-demais-profissionais-da-medicina>. Acessado em: 23/01/2019.

medida de cunho aristotélico, as *wrongful life* e *wrongful birth actions* visam a indenizar (reparar) um dano em “ato”, enquanto a teoria da perda de uma chance se aplica apenas em casos “potenciais”.

CONCLUSÃO

Em suma, o direito de “não nascer”, suscitado pelo Caso Perruche e presente nas *wrongful life* e *wrongful birth actions*, tornou-se um dos temas a ser discutido e refletido na seara jurídica, mais precisamente no biodireito. É esse ramo do direito que irá se preocupar em refletir sobre as decisões jurídicas em casos polêmicos como é o caso do suposto “direito de não nascer”.

O ordenamento jurídico brasileiro protege os direitos do nascituro uma vez que este ainda não tem personalidade civil conforme preconiza o art. 2º do novo Código Civil. A vida é um dos direitos protegidos. A Constituição Federal 1988 traz no caput do art 5º garantias fundamentais a brasileiros e estrangeiros residentes no país, e uma das garantias é o direito a vida.

Ter direito a vida é uma garantia constitucional solidificada e aceito por todos, mas ter o direito de não ter vida, ou direito de não nascer parece gerar um certo estranhamento. Até mesmo porque o direito de não nascer além de ser subjetivo só ganha materialidade com a manifestação explícita e objetiva do titular do direito. Ou seja, é preciso que o titular primeiro exista (nasça) para depois poder requerer tal direito.

O erro médico para ser indenizável precisa ser danoso, o que já se encontra em páginas anteriores, mas ela suscita três características necessárias para tal: a imprudência, a imperícia e a negligência. Por este motivo o erro médico está relacionado com a responsabilidade subjetiva, logo, é marcada pela culpa (negligência, imprudência ou imperícia). O ato culposo reside na violação do dever objetivo de cuidado exigido do agente nas circunstâncias concretas.

Segundo a doutrina e a jurisprudência pátrias, a responsabilidade civil médica é de caráter contratual por força do art. 951 do Código Civil e de natureza subjetiva, pois tem a culpa como elemento fundamental. Ainda o Código de Ética Medica veda aos médicos em seu

“art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência”.

Logo, o dolo do médico em causar algum dano à seu paciente é crime e será julgado segundo o Código Penal, enquanto o dano resultante de culpa (negligência, imperícia ou imprudência) gera a responsabilização na esfera cível e/ou administrativa para o profissional da saúde e/ou para a instituição.

O direito de não nascer torna-se extremamente complexo na medida em que, nas wrongful life actions, a criança não pede indenização financeira para tratamento de sua enfermidade enquanto viver, o que seria de certo modo mais simples, pois seria mais fácil de computar valores com tratamento e remédios.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Vida humana e ciência: complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito – normas internacionais da bioética*. Disponível em:

https://www.gontijofamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Jose_Alfredo_de_Oliveira_Baracho/Vidahumana.pdf. Acesso em: 02 ago. 2018.

BERNARDI, Renato; REIS, Junio Barreto dos. *A doutrina do “wrongful life” e o reconhecimento dos danos morais do feto – um estudo de bioética*. Artigo apresentado no XXII Encontro Nacional do CONPE-DI / UNINOVE. São Paulo, 2013.

BIRCHAL, Telma de Souza; FRIAS, Lincoln. *Manual de Bioética*. Petrópolis, RJ: Vozes; Caxias do Sul, RS: Universidade de Caxias do Sul; Rio de Janeiro: BNDS, 2014.

COSTERBOSA, Marina Lalatta. *BIOÉTICA Y AUTONOMÍA A PARTIR DEL CASO PERRUCHE: Formas de discriminación entre procreación y diagnóstico prenatal*. Revista: Derechos y Libertades. Número 25, Época II, junio 2011. ISSN: 1133-0937.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FRADA, Manuel Carneiro da. A própria vida como dano? Dimensões civis e constitucionais de uma questão - limite. Revista da Ordem dos Advogados, 68, Vol. I, Janeiro de 2008. Disponível em:

www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&ids-c=71981&ida=72382. Acesso em 30 set. 2018

FRANÇA. Corte de Cassação. Acórdão nº 457, julgado em 17 de novembro de 2000. Disponível em: <https://www.courdecassation.fr>. Acesso em: 10 out. 2018.

GONZÁLEZ, José Alberto. *Wrongful Birth Wrongful Life: O conceito de dano em responsabilidade civil*. Lisboa/Portugal. Quid Juris, 2014.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. 4 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

MORILLO, Andrea Macía. *La responsabilidad civil médica: Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*. Revista de Derecho, Universidad del Norte, n. 27, p. 3-37, 2007.

NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2009.

O MANEJO DA NORMALIDADE E DA AUTENTICIDADE ELEITORAL: IMPRESSÕES DA PANDEMIA DE COVID-19

Gabriel Vieira Terenzi

“A civilização é uma corrida entre a educação e a catástrofe. Vamos aprender a verdade e espalhá-la tão longe quanto nossas circunstâncias permitirem. Pois a verdade é a maior arma que temos”.

H. G. Wells

1. INTRODUÇÃO

O mundo vem enfrentando, desde o final do ano de 2019, uma nova pandemia. Surgida na China, a COVID-19, como foi nomeada a doença causada por um coronavírus causador de síndrome respiratória aguda grave, já soma, à época de submissão do presente trabalho, mais de um milhão de infectados em todo o mundo, tendo causado mais de cinquenta mil mortes, segundo dados oficiais da Organização Mundial da Saúde (2020).

A preocupação com a dispersão da epidemia ultrapassou as inquietações médico-sanitárias em razão do grande número de doentes que necessitam de hospitalização acabarem por impor o risco de colapso aos sistemas de saúde, o que levou a toda a comunidade internacional a incentivar medidas de distanciamento e isolamento social.

Com a repercussão dessas medidas nas instituições, passam-se a cogitar os efeitos da quarentena no procedimento eleitoral, uma vez que o Brasil prevê para o ano de 2020 a realização das eleições municipais, tendentes a determinar os futuros ocupantes dos cargos de vereador e prefeito.

Desnecessário mencionar que, por tratar-se de procedimento deliberativo afeto à legitimidade do exercício do poder, revestem-se às eleições do mais alto grau de preocupação protetiva por parte da ordem jurídica. Afinal, as normas eleitorais “expressam os direitos da nacionalidade e os de participação política, que se sintetizam no direito de votar e ser votado” (BARROSO, 2010, p. 209).

Segundo Walber de Moura Agra:

O compromisso em defesa da democracia e das regras do regime democrático ainda avulta maior importância no Brasil, que ostenta um sistema jurídico periférico, alicerçado em fatores como a baixa eficácia de grande parte de seus estatutos normativos, o casuísmo jurisprudencial, as constantes modificações de parâmetros legais e voluntarismos judiciais. Em suma, pelo menoscabo ao primado legal e o desrespeito sistemático dos direitos fundamentais albergados com desvelo pela Constituição (AGRA, 2020).

Nesse ínterim, pretende o presente trabalho discutir os impactos que a nova realidade social imposta pela pandemia impõe à realização dos atos preparatórios e ao próprio pleito, bem como o trato jurídico desses institutos, com especial ênfase nos conceitos de normalidade e autenticidade do sufrágio.

Para tanto, utilizar-se-á a metodologia hipotético-dedutiva. Por primeiro, será apresentado o problema, com a demonstração das repercussões da pandemia no pleito. Em seguida, será ressaltada a relevância do tema em análise, de modo a que se justifique a proteção singular que merecem os direitos políticos. Finalmente, será proposta a solução tendente a maior preservação das mencionadas garantias, a qual poderá ser submetida ao falseamento.

2. DESENVOLVIMENTO

Para além de todas as inegáveis repercussões sociais, sanitárias, econômicas e jurídicas, o impacto da doença de síndrome respiratória aguda grave causada pelo vírus COVID-19 atinge fortemente o pleito eleitoral previsto para os dias 04 e 25 de outubro do ano de 2020. Vejamos.

2.1 REPERCUSSÕES DA PANDEMIA DE COVID-19 NO CALENDÁRIO ELEITORAL

Embora até o momento da submissão do presente trabalho nenhuma medida tenha, ainda, sido concretizada, administrativa ou legislativamente com o intuito de alterar-se seja o calendário seja a infraestrutura da realização das eleições, deve-se levar em conta, noutro giro, que o calendário eleitoral estabelecido pela Resolução de nº 23.606/2019 do Tribunal Superior Eleitoral, ainda não teve nenhum de seus institutos suprimidos pela situação caótica imposta pela quarentena.

Com efeito, há cerca de sete meses da data do primeiro turno do sufrágio, diversas incertezas ainda permeiam o tema. Antes de mais nada, embora o Congresso Federal tenha aprovado o Projeto de Decreto Legislativo 88/2020 que reconhece o estado de calamidade pública, permitindo que o Executivo gaste mais do que o previsto e desobedeça às metas fiscais, medidas mais drásticas, como a imposição de quarentenas e “toques de recolher” nacionais não foram, até o momento de submissão deste texto, adotadas.

Com efeito, as providências mais radicais em termos de intervenção à liberdade de ir e vir e ao funcionamento de estabelecimentos e serviços deriva, em grande medida, de decisões e decretos estaduais, o que contribui para uma irregularidade na intensidade e nas repercussões dessas medidas, bem como em uma insegurança quanto aos seus efeitos.

No mesmo sentido, a evolução da epidemia no país resta manifestamente imprevisível. Os exemplos globais noticiados pela imprensa demonstram diversificados graus de afetação às estruturas e serviços institucionais. Todavia, de modo geral, não há notícia de países que

tenham passado ou que estejam passando pela pandemia sem uma alteração radical em seu estilo de vida.

No caso brasileiro, por ora essa alteração tem sido verificada no isolamento social, na proibição de aglomerações e no fechamento de diversos estabelecimentos. Todavia, vislumbram-se possibilidades de que o processo eleitoral seja também afetado.

O já citado calendário estabelecia para o dia 03 de abril de 2020 o último dia em que se considera como justa causa a mudança de partido pelos detentores do cargo de vereador para concorrer a eleição, nos termos da Lei n° 9.096/1995, art. 22-A, inciso III. Como a filiação partidária, conforme rege a Resolução n° 23.596/2019 do TSE, pode ser realizada pela internet, nenhum prejuízo adveio, em tese, das restrições de locomoção impostas pela pandemia.

Já por outro lado, o mesmo não pode ser dito em relação ao domicílio eleitoral, instituto este que integra as condições de elegibilidade, previsto pela Lei Maior no seu art. 14, § 3º, inciso IV. Conforme o calendário eleitoral, encerra-se no dia 04 de abril (seis meses antes do pleito) o prazo para que os pretensos candidatos a cargos eletivos nas eleições de 2020 tenham domicílio eleitoral na circunscrição na qual desejam concorrer.

Dessa ótica, como a transferência de domicílio eleitoral necessita ser realizada presencialmente nos cartórios, e, como segundo os dados do Tribunal Superior Eleitoral na data final desse prazo todos os estados se encontravam com o atendimento presencial suspenso – com exceção de Amazonas e Pernambuco, com atendimento apenas emergencial – vê-se que os pré-candidatos já passaram a ser afetados.

Com a transferência do domicílio eleitoral intempestiva, perde-se a condição de elegibilidade para o presente sufrágio, derivando no indeferimento do registro de eventuais candidaturas.

Situação semelhante poderá vir a ser observada em relação a diversos dos assim chamados atos preparatórios às eleições. Nesse sentido, em 06 de maio de 2020 encerra-se o prazo para que o eleitor solicite operações de alistamento, transferência e revisão, nos termos do art. 91 da Lei das Eleições (Lei n° 9.504/1997).

De 20 de julho até 05 de agosto estabelece-se o prazo destinado à realização das convenções partidárias destinadas ao apon-

tamento das coligações e candidatos, conforme o art. 80 da já referida lei eleitoral.

Todos os exemplos se referem a institutos literalmente indisponíveis do pleito, que dependem da realização de atos ou proibidos por ora, em razão da pandemia, ou, ao menos, não recomendáveis. Pior, atos para os quais, até o momento, não há nenhuma alternativa remota.

Como já foi abordado, há incerteza na comunidade científica em relação à evolução e aos danos eventualmente causados por eventos epidemiológicos como o ora abordado, até porque as medidas institucionais a serem tomadas pela administração pública poderão controlar ou agravar a crise sanitária. Daí se depreende que não há, por ora, como prever de maneira realista a viabilidade da realização das eleições municipais como previstas em outubro.

Ainda que houvesse essa certeza de estar totalmente controlada a situação até a data do pleito, conforme se demonstrou, diversas práticas do rito eleitoral se iniciam meses antes, o que pode colocar em risco a segurança jurídica e a igualdade de tratamento que deve ser dispensada aos eleitores.

Ora, por primeiro, as eleições municipais se veem realizadas simultaneamente em todo o país. Todavia, a natureza da epidemia de coronavírus que o mundo enfrenta permite que determinadas regiões sejam mais afetadas do que outras.

Assim, nada impede, em tese, que enquanto em um determinado estado da federação, cuja situação epidemiológica se encontra controlada, os procedimentos eleitorais voltem a funcionar, em outro território, mais afetado, permaneçam-se suspensos os atos preparatórios que viabilizariam a realização do sufrágio.

2.2 FUNÇÃO LEGITIMADORA E PACIFICADORA DAS ELEIÇÕES

Dentre as relevantes funções das eleições, a mais óbvia é justamente a investidura autêntica à função de governante. É o procedimento eleitoral que confere legitimidade a “eleições, plebiscitos e referendos, o que enseja o acesso pacífico [...] aos cargos eletivos, tornando autên-

ticos o mandato, a representação [...] e o exercício do poder político” (GOMES, 2018, p. 50).

Desde o surgimento dos Niveladores na Inglaterra da Revolução Gloriosa, vinculou-se o exercício regular desse mencionado poder político do governante ao consentimento legítimo por parte do governado. Rainsborough, um dos mais lembrados pensadores do movimento, quando porta-voz dos debates que ocorreram em Putney em 1647, discorreu: “every man that is to live under a government ought first by his own consent to put himself under that government” (AYLMER, 1975, p. 100).

As declarações de independência americana e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão vieram a ecoar essas limitações ao absoluto poder do príncipe, erigindo na deliberação dos cidadãos a legitimidade da atuação dos líderes político-administrativos. *In verbis*, segundo o célebre texto francês:

Artigo 14º- Todos os cidadãos têm o direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, a necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração.

Tendo assim em vista, *in contrario sensu*, pode-se afirmar que, na ausência do sufrágio ou de outro procedimento deliberativo apto a traduzir a soberania popular, ou ainda em sendo este não autêntico, restará imediatamente ilegítimo o poder exercido pelo governante.

Pode-se extrair, ainda, uma dimensão comumente ignorada dos procedimentos deliberativos coletivos, qual seja, o alívio parcial da tensão social entre os interesses conflitantes.

Diante de um governo manifestamente impopular, a título de exemplo, a sobrevivência de uma eleição próxima pode desencorajar a deflagração de um processo de *impeachment*, já que esse procedimento poderia se revelar mais custoso politicamente.

Ou seja, embora as eleições possibilitem um cenário fértil para que haja o aumento do interesse por certos temas integrantes do programa de candidatos concorrentes, e, conseqüentemente, aumente também os conflitos decorrentes dessas interações, se traduzem, por outro lado,

na oportunidade de estabelecimento estável e momentâneo de uma opinião coletiva apaziguadora dessa disputa ideológica.

Procedimentos deliberativos, de modo geral, incluídos aí os plebiscitos e referendos, proporcionam à coletividade definir, quanto a um determinado ponto sensível, uma posição institucional. Esse posicionamento foi ao mesmo tempo chamado de estável e momentâneo pois, embora sempre haja a possibilidade futura de reavaliação, ao menos por ora, a opção coletiva vincula a sua adoção de uma maneira sólida.

O mesmo se dá com as eleições. Embora certamente o candidato vencedor não tenha obtido o agrado de todos, podendo possuir, na verdade, uma rejeição de quase metade dos governados, há um consenso implícito derivado do aceite por parte de todos os atores democráticos no sentido de que, como somente a eleição poderá fundamentar a legitimidade do mandato de qualquer dos candidatos, o seu resultado consolida o exercício do poder.

Não se exige absolutamente da minoria que ela, resignando-se em sua vontade, declare a sua opinião; não se exige nem mesmo que ela renuncie a seu objetivo, mas sim que abdique da aplicação prática de sua convicção até que se lhe torne possível fundamentar melhor suas razões e alcançar o número necessário de votantes (FRÖBEL, 1847, apud HABERMAS, 1990, p. 103-104).

É justamente pela característica de finitude desse mandato que há o acatamento da parcela que não prevaleceu no pleito. Por óbvio, é lícito e saudável que os integrantes da facção não-vitoriosa continuem a exercer a pressão contramajoritária, podendo livremente se expressar inclusive com críticas ao governo. Porém, é também patente que com a eleição estabelece-se um comando fidedigno (estável e momentâneo), cuja efetividade será novamente posta à prova no próximo sufrágio.

O que se quer ressaltar ao descreverem-se essas sístoles e diástoles do sistema deliberativo é a função de afrouxamento das tensões ideológicas que permeiam a vida social, tensões essas que, por tratar-se de um regime democrático, precisam necessariamente ser decididas coletivamente, inobstante a discordância entre os cidadãos. É o que sintetiza Jeremy Waldron:

Uma decisão entre as opções propostas pelos membros deve ser tomada pelos membros tendo como referência nada mais além das opiniões dos membros. E essa decisão, eles concordam, deve ser tomada, apesar do fato de que eles (os membros) estão em discordância quanto a qual deve ser a decisão (WALDRON, 2003, p. 179-180).

Portanto, fundado na ordem constitucional, a realização – periódica – de eleições fundamenta não somente essa justificação formal do poder dos governantes, como também contribui para um apaziguamento das tensões sociais.

Todo esse cenário deságua na ideia de “normalidade democrática”. Embora o termo esteja expressamente previsto pelo artigo 14, parágrafo nono, da Constituição, não se pode olvidar que a qualidade de normalidade de um regime democrático deve ser aferida de acordo com a presença (e o funcionamento) de diversos pressupostos institucionais. A liberdade de expressão, a separação de poderes, a efetividade constitucional, dentre outros, e, evidentemente, a realização de eleições periódicas e autênticas.

Posta essa relevância inegável, não é de se espantar a defesa por uma rígida observância da periodicidade dos procedimentos eleitorais, bem como das normas que lhe garantam autenticidade. Afinal:

São os direitos políticos, tradicionalmente, mesmo para a já superada concepção geracional, espécie de direitos humanos, expressamente reconhecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Convenção Americana (QUEIROZ, 2002, p. 163).

Diante do impacto da pandemia derivada do novo coronavírus, e desse *status* único ocupado pelas normas político-eleitorais, mister se faz cogitar uma alternativa institucional que preserve a normalidade e a autenticidade do sufrágio, as quais, como passa-se a abordar, se veem sob ameaça.

2.3 MANEJO DA NORMALIDADE E DA AUTENTICIDADE ELEITORAL: CENÁRIOS DA PANDEMIA DE COVID-19

Uma vez prevalecendo a programação do pleito municipal sem alterações, as supressões nos serviços eleitorais que vem sendo causadas, bem como as modificações que certamente serão futuramente impostas pela pandemia, ensejarão, inescapavelmente, o questionamento jurídico mediante ações tendentes à observância do exercício de capacidades políticas ativas e passivas.

Novamente, partindo-se para o campo dos exemplos, um pré-candidato que tenha seu registro de candidatura indeferido com base na ausência de domicílio eleitoral durante o tempo necessário, certamente poderá alegar que a omissão se deu em razão da suspensão dos serviços eleitorais.

Outra repercussão que deverá ser sentida se refere ao próprio eleitorado. Como de costume, é nos anos eleitorais em que há o pico de alistamentos, transferências e regularizações. Nesse sentido, não deve espantar o fato de que diversos cidadãos aptos a se alistarem como eleitores (bem como indivíduos que deveriam obrigatoriamente promover o alistamento no corrente ano) tenham essa oportunidade perdida.

Seguindo tal raciocínio, parece temerário a possibilidade de que a Justiça Eleitoral franqueie a realização de um sufrágio em condições tão desiguais sem nenhuma modificação no seu funcionamento. Até porque há de se levantar a possibilidade de que a manutenção dessa situação possa ser interpretada como uma violação ao princípio da igualdade em matéria eleitoral.

Afinal, não pode o Estado dispensar tratamento distinto para sujeitos em uma mesma situação jurídica. Na dimensão política, essa observância se torna ainda mais imperiosa, já que há uma “imposição de existência da igualdade de chances nas disputas eleitorais. Sendo assim, o Estado e a Legislação devem facilitar que candidatos e partidos políticos possam concorrer de forma não fictícia” (VASCONCELOS; SILVA, 2018, p. 25).

Qualquer postura da administração pode repercutir no resultado do sufrágio, beneficiando ou prejudicando determinados candidatos.

Novamente a título de exemplo, pode ser alegado, *a posteriori*, por um candidato derrotado, que a suspensão dos alistamentos acarretou numa menor porcentagem de votantes entre 16 e 18 anos – aqueles que aproveitariam o presente ano para adquirirem seu *status civitatis*. Caso esse candidato alegue ser popular dentre a descrita fatia do eleitorado, poderá ser questionado o resultado obtido no pleito.

Sucintamente: “O princípio da paridade de armas no pleito eleitoral é desdobramento do cânone da isonomia, que garante a igualdade dos meios utilizados na ambiência do pleito a todos os candidatos” (AGRA, 2020).

Ainda no campo da infraestrutura necessária, devem-se questionar as repercussões que o prosseguimento do procedimento eleitoral acarretaria na própria gestão da pandemia pelo poder público. Em sendo, como já abordado, um momento de inegável acirramento das tensões sociais, com a radicalização do engajamento ideológico, não se corre o risco de que, durante a campanha, diversas imposições sanitárias sejam desrespeitadas na sanha de captação de sufrágio?

Por primeiro, teria de haver o respeito por parte dos próprios candidatos às determinações tendentes ao isolamento social e à proteção dos cidadãos perante o coronavírus. Diversas práticas corriqueiras, como a distribuição de panfletos, a abordagem pessoal, e a realização de encontros e comícios teria de ser abandonada em prol da saúde pública.

É evidente que novamente se esbarra na preocupação de que essas medidas de combate epidemiológico possam ser utilizadas ou ao menos interpretadas como condutas maliciosas dos gestores públicos, configurando-se eventualmente como conduta vedada a agente público em campanhas eleitorais, de acordo com o art. 73 e seguintes da Lei das Eleições.

Não é necessário raciocinar muito profundamente para visualizar-se que um determinado administrador público, para beneficiar candidato de seu partido ou com o fim de prejudicar adversários políticos, possa determinar medidas de intervenção mais ou menos gravosas, sob o pretexto de conter o avanço da pandemia, proibindo a realização de uma carreato em prol de uma determinada coligação, por exemplo.

Ainda que tais medidas não possuam a intenção escusa exemplificada, poderão se certamente assim descritas e replicadas, aproveitando-

-se aqueles cuja campanha se viu prejudicada para capitalizarem apoio mediante críticas às determinações sanitárias.

Nesse ponto, o eleitorado, insuflado ou não pelos candidatos, pode simplesmente deixar de respeitar essas precauções, saindo às ruas em períodos de quarentena, arriscando a si e aos outros por violar o isolamento social.

Finalmente, caso superadas essas objeções aos atos preparatórios, há de se questionar a realização em si das eleições no contexto da pandemia. A fim de evitar uma ainda maior disseminação do vírus, diversas medidas inovadoras teriam de ser observadas, para além de todas as preocupações de praxe, nas seções eleitorais.

Apenas para citar alguns exemplos, ter-se-ia de produzir um cenário seguro em termos sanitários para que os eleitores exercessem o seu voto, o que inclui mas não se limita a maneiras de higienização das urnas eletrônicas, alternativas que possibilitem o distanciamento social nas seções, em que normalmente filas intermináveis são formadas em ambientes confinados e uma proteção especial a todos os mesários e servidores requisitados, muitos dos quais integrantes de grupos vulneráveis à COVID-19.

Superada a descrição do cenário que demonstra as ameaças à assim chamada “normalidade eleitoral”, não podem ser ignoradas às repercussões à dimensão da autenticidade do sufrágio, já que “a garantia da lisura das eleições nutre-se de especial sentido de proteção aos direitos fundamentais da cidadania” (RAMAYANA, 2018, p. 22).

Ora, tanto a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 23, item b, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 25, item b, garantem a todo cidadão o direito “de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário”.

Daí que há a necessidade do estabelecimento de normas jurídicas que garantam, com sua observância, a promoção de um sufrágio legítimo. O presente trabalho defende que essa legitimidade dos procedimentos deliberativos precisa se ver aferida em três dimensões: o respeito ao regramento jurídico, a capacidade da eleição de apontar a vontade popular prevalente, e ainda que essa vontade não tenha sido artificialmente induzida, já que o art. 242 do Código Eleitoral expõe que:

A propaganda, qualquer que seja a sua forma ou modalidade, mencionará sempre a legenda partidária e só poderá ser feita em língua nacional, não devendo empregar meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais.

Tendo-se em vista esse paradigma, a manutenção das eleições no contexto pandêmico tem o claro potencial de afetar a autenticidade do sufrágio. Ora, em primeiro lugar aquelas supressões aos atos preparatórios podem ter graves repercussões na legitimidade do pleito.

Pode-se conjecturar, ainda, que grande parte dos eleitores simplesmente se recuse à participar do pleito, já que o voto brasileiro, embora obrigatório, acarreta no seu descumprimento consequências risíveis. Imagine-se, por exemplo, que os integrantes dos grupos de risco – diabéticos, portadores de doenças respiratórias, cardiopatas e idosos – deixem de votar. Poder-se-ia questionar a autenticidade de uma eleição que deliberadamente não possuiu a contribuição dessa parcela? Em outro exemplo, caso um número ridiculamente baixo de votantes se fizesse presente, até como forma de boicote, quais seriam as repercussões ao sentimento de legitimidade dos prefeitos e vereadores eventualmente escolhidos? São perguntas que ainda se encontram sem resposta.

Embora não se possa afirmar, de plano, que a mera ausência de uma parcela (minoritária, inclusive) da população na votação – àqueles que não puderam se alistar em razão da quarentena por exemplo – torne imediatamente inautêntico o seu resultado, é inegável que quanto maiores sejam essas alterações nos possíveis cenários do eleitorado e no exercício de suas capacidades políticas, mais questionável passa a ser o *outcome* obtido pelo pleito.

Afinal, como se viu, as eleições têm também aquela função pacificadora. Ainda que formalmente um resultado válido possa ser obtido (naquela primeira dimensão de autenticidade, ou seja, o respeito às normas jurídicas), a força apaziguadora desse resultado pode sofrer um grande golpe por refletir apenas uma parcela minoritária da população (e não a opinião prevalente).

Outro revés é a possibilidade de contínua insatisfação dos grupos vencidos, que poderão se utilizar largamente das modificações impos-

tas pela pandemia para justificar a derrota nas urnas, o que certamente repercutirá em uma percepção de menor legitimidade por parte dos eventuais eleitos.

Também na dimensão substancial da legitimidade, ou seja, na vedação de que a propaganda eleitoral insira o eleitor em estados mentais, emocionais ou passionais de maneira artificial, outra pergunta que permanece sem resposta é aquela relativa à utilização política da pandemia.

Diante de uma crise sanitária sem precedentes na história recente, evidentemente, o tema seria abordado nas propostas de qualquer candidato à eleição. Todavia, o que diferenciaria a abordagem ideológica pelas propostas de um candidato e essa indução vedada pelo ordenamento jurídico apta a interferir na genuinidade do voto?

Dado esse cenário, parece a Doutrina estar a subestimar as repercussões juspolíticas da manutenção das eleições. Todavia, as alternativas à mesma também não se mostram carentes de críticas.

Conforme ensina o mestre:

Não se pode olvidar que a teor do comando vertido do artigo 29, inciso II, da Carta Magna, as eleições para os cargos de prefeitos e vereadores acontecem de quatro em quatro anos, no primeiro domingo de outubro e, se houver segundo turno, no último domingo do referido mês. Portanto, com base nesse pedestal normativo, apenas uma emenda constitucional poderia vir a alterar esse panorama, com todos apanágios do processo legislativo inerente à espécie (AGRA, 2020).

Ou seja, para além de todo o esforço institucional voltado à crise e às próprias repercussões derivadas de um adiamento das eleições, esse adiamento dependeria da aprovação de uma alteração constitucional, o que mesmo nos tempos mais calmos não se revela simples, muito menos pouco custoso em termos de capital político.

Outra barreira que não pode ser ignorada é aquela imposta pelo art. 16 do texto da Constituição, *in verbis*: “Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”.

Ora, segundo o assim chamado princípio da anualidade eleitoral, por expressa determinação constitucional, “não há *vacatio legis*, já que a lei entra em vigor na data de sua publicação, mas, ainda assim, há suspensão de eficácia da lei na parte em que dispuser sobre ‘processo eleitoral’” (MACHADO, 2018, p. 23).

Comumente, o preceito de *rules of the game* intenta garantir que não haja a manipulação maliciosa, por parte dos detentores do poder, das normas procedimentais que interfiram no método deliberativo. Ocorre que no presente cenário de epidemia, o mandamento impediria, em tese, a efetividade de eventuais emendas constitucionais que postergassem a realização do pleito.

Em verdade, ainda que se adotasse uma posição mais ortodoxa, ou seja, a manutenção do pleito conforme previsto para outubro do ano de 2020, haveria a necessidade de adaptação de diversos dos procedimentos eleitorais, o que também esbarraria na anualidade, o que comprova que ambas as medidas teriam de passar por uma relativização do disposto no art. 16 constitucional.

Com efeito, haveria de se ler o dispositivo com uma luz totalmente nova. Nem é preciso mencionar que, em tempos de defesa intransigente da ortodoxia constitucional, diante de diversos atentados hermenêuticos às garantias fundamentais, revela-se notadamente difícil advogar por uma relativização da norma de anualidade, por mais bem intencionada que seja essa alteração.

Em relação à possibilidade de alteração do texto constitucional, até o momento da submissão do presente trabalho, três propostas já foram protocoladas perante o Congresso Nacional, incluindo até mesmo a possibilidade de que com o adiamento as eleições municipais sejam realizadas junto daquelas tendentes a ocupar os demais cargos da federação.

A objeção, novamente, se relaciona com aquela primazia dos direitos políticos como humanos e fundamentais. Não se pode, sem dúvida, na ânsia de proteger os indivíduos de um sufrágio viciado, condená-los à um regime político de exceção, já que os atuais prefeitos e vereadores, com a postergação das eleições, acabariam por receber um período de mandato extraordinário.

Também segundo aquela ideia de alívio das tensões, se é certo que a eleição de um candidato em um pleito deserto de votan-

tes por medo do coronavírus não será uma votação das mais genuínas segunda a percepção de legitimidade do eleito, pode-se do mesmo modo acusar que as decisões tomadas por prefeitos e vereadores no período de exercício extraordinário do mandato serão igualmente carentes de legitimidade. Formalmente, suas opções serão vinculantes, mas, substancialmente, abre-se a oportunidade para as mesmas críticas.

Há, inegavelmente, um paradoxo: de um lado, a eleição sem a observância de diversos dos procedimentos prévios, com baixos índices de votação e sem a igualdade de oportunidades aos seus participantes, será certamente um método deliberativo pouco legítimo.

Ao mesmo tempo, a postergação desse sufrágio contribuirá certamente para um preocupante abuso (em sentido amplo) dos poderes concedidos aos atuais gestores públicos, ao adiamento da oportunidade de alívio das tensões acumuladas, e, ainda, atribuirá aos que atualmente detêm cargos eletivos, a responsabilidade de lidar com a crise sanitária durante um período para o qual não foram originalmente eleitos.

Há ainda de se cogitar que, com um infeliz mas possível agravamento da pandemia, não ficam fora do radar a declaração de medidas como o estado de defesa ou de sítio, ou mesmo de intervenção federal em estados, medidas essas integrantes do sistema constitucional de crises.

Justamente por imporem um “regime de legalidade extraordinário” (MARTINS, 2019, p. 2.014) impedem a alteração constitucional durante sua vigência, a teor do art. 60, § 1º, da Carta.

Nesse diapasão, em qualquer das eventuais situações narradas, que não podem ser descartadas diante da epidemia, corre-se o risco de perder-se o *gap* durante o qual as alterações constitucionais seriam possíveis, seja para a alteração das eleições, seja para a flexibilização do art. 16.

Finalmente, há de se alertar que em tais momentos, torna-se propício o exercício do constitucionalismo abusivo, ou seja, de que detentores de cargos eletivos promovam mudanças constitucionais voltadas à sua perpetuação no poder (LANDAU, 2013), impedindo o *accountability* e a revisão das decisões administrativas, até pela premência da crise, o que faz com que qualquer revisão do texto constitucional, mesmo que inevitável, deva se dar com o mais absoluto cuidado nesse período de atipicidade democrático.

CONCLUSÕES

Diante todo o exposto, fica claro, a princípio, uma repercussão inegável dos impactos da pandemia ao procedimento eleitoral, notadamente ao pleito municipal previsto para 2020.

Esses impactos parecem estar sendo subestimados por parte da classe política e inclusive por operadores jurídicos, que reduzem tais repercussões aos meros procedimentos da realização do sufrágio, enquanto suas mais críticas reflexões precisam ser pensadas em relação à normalidade democrática e à autenticidade da deliberação.

Ou seja, mais do que questionar se o calendário eleitoral deve ser alterado, o foco da preocupação deve ser a opção (seja pela postergação ou não das eleições) que em maior medida preserve a autenticidade e a legitimidade da participação popular soberana.

Igualmente, especial destaque merece a forma como essas alterações serão impostas, de modo a respeitarem-se os anteparos constitucionais, como aquele manifesto pelo princípio da anualidade, a fim de que não se subvertam as medidas tendentes à preservação da normalidade em uma supressão da veracidade do pleito.

À guisa de conclusão, o presente trabalho ressalta a necessidade de que passe o processo eleitoral vigente por alterações, a fim de que sua autenticidade seja preservada. O quão drásticas essas alterações devem ser, permanece em aberto, todavia, a premência da mudança é iminente, já que quanto mais próximo o pleito, mais preocupante a possibilidade de que as alterações sejam menos legítimas; para além de ressaltar a forma como essas alterações devem se dar, o que também não pode ser ignorado.

Finalmente, pode ser extraído que a corrente crise denuncia uma carência em nosso sistema eleitoral, o que mostra o quão dependente o sufrágio brasileiro, inobstante os avanços trazidos pela urna eletrônica, ainda é de fórmulas deliberativas arcaicas. Talvez, seja essa a oportunidade de repensar o desenho deliberativo nacional, com a necessária prudência e com vistas à efetivação cada vez maior de um sistema genuinamente autêntico.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. A possibilidade de adiamento das eleições municipais. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-31/moura-agra-possibilidade-adiamento-eleicoes#_ftnref3>. Acesso em 02 abr. 2020.
- AYLMER, Gerald Edward. *The Levellers in the English Revolution*. London: Thames & Hudson, 1975. p. 100.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Constituição Federal. 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 12 mar. 2020.
- BRASIL. Lei nº 4.737/65. Brasília, 15 de julho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm>. Acesso em 13 mar. 2020.
- BRASIL. Lei nº 9.096/95. Brasília, 19 de setembro de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm>. Acesso em 13 mar. 2020.
- BRASIL. Lei nº 9.504/97. Brasília, 30 de setembro de 1997 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504.htm>. Acesso em 13 mar. 2020.
- BRASIL. Lei nº 10.826/03. Brasília, 22 de dezembro de 2003 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504.htm>. Acesso em 13 mar. 2020.
- Declaração dos direitos do homem e do cidadão, 1789. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 17 mar. 2020.
- FRÖBEL, Julius. *System der sozialen Politik*. Segunda Parte. Mannheim, 1847.
- GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

- HABERMAS, Jürgen. Soberania popular como procedimento. *Revista Novos Estudos*, São Paulo, n. 26, pp. 100-113, dez./mar. 1990.
- LANDAU, David. Abusive constitutionalism. *UC Davis Law Review*, Estados Unidos, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013.
- MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Direito eleitoral*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- MARTINS, Flávio Nunes Alves. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- OEA. Convenção Americana sobre direitos humanos. San José, 22 de novembro de 1969. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 02 abr. 2020.
- ONU. Pacto internacional sobre direitos civis e políticos. Nova Iorque, 19 de dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 02 abr. 2020.
- VIANA QUEIROZ, Luiz. *Direitos políticos como direitos humanos: impacto no Direito Eleitoral brasileiro da Incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos*. 2003. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003.
- RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018.
- TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Informações sobre o atendimento. Disponível em: < <http://www.justicaeleitoral.jus.br/eleicoes/destaques/atendimentos-tres.html>>. Acesso em: 01 abr. 2020.
- TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Resolução nº 23.596/2019. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/>

res/2019/resolucao-no-23-596-de-20-de-agosto-de-2019>.
Acesso em: 01 abr. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Resolução nº 23.606/19.
Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-606-de-17-de-dezembro-de-2019>>.
Acesso em: 01 abr. 2020.

VASCONCELOS, Clever; SILVA, Marco Antonio da. Direito eleitoral. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

WALDRON, Jeremy. A Dignidade da Legislação. 1ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

WHO. Coronavirus disease (COVID-2019) situation reports. Disponível em: < <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/situation-reports/>>. Acesso em: 03 abr. 2020.

OS LIMITES MERCADOLÓGICOS ENFRENTADOS PELO EMPRESÁRIO DURANTE A EPIDEMIA DO COVID-19

Isabella Fernandes Batista

INTRODUÇÃO

É evidente o fato de que com o aparecimento da atual epidemia mundial ocasionada pela Covid-19 e com a progressividade das medidas de isolamento populacional, as empresas estão apreensivas com os resultados econômicos negativos no seu faturamento, cujo resultado possa ser a interrupção das suas atividades.

O coronavírus é um vírus altamente contagioso e que ainda não tem uma previsão de regressão dos parâmetros de contaminação. Os quadros mundiais são avassaladores. O número de mortes cresce a cada dia e requer ações governamentais incisivas para conter a propagação. Porém, diante de uma calamidade pública, questiona-se até onde os direitos fundamentais, como a proteção ao consumidor, deixarão de ser aplicados? Qual princípio, o da livre iniciativa ou da proteção ao consumidor, serão priorizados frente ao contexto calamitoso vivenciado? O aumento expressivo dos preços dos produtos pelas empresas configuraria um ato abusivo neste período de calamidade pública?

A economia mundial tem sofrido com a falta de circulação do dinheiro, com o fechamento temporário do comércio, com a impossibilidade do turismo e das viagens, bem como com a evidente disparidade

econômica atual, em que muitas pessoas, por não ter condições de trabalhar, não possuem recursos suficientes para prover sua subsistência.

Olhando sob o ângulo do consumidor, essa crise financeira ocasionada pela Covid-19, pode significar a falta de direitos basilares garantidos em nosso texto constitucional, ocasionados pela onerosidade dos contratos, pela hipervulnerabilidade do consumidor num ambiente de poucos fornecedores e pela formação de possíveis monopólios mercantis.

Dado a isto, o Governo, preocupado com a saúde, segurança e dignidade da pessoa humana do seu povo, tem usado do seu poder regulamentar, para instituir lei, decretos, regulamentos, portarias de forma que a população seja assistida dentro da reserva do possível.

Fato é que a reserva do possível também deve garantir o mínimo existencial, ou seja, as condições para que a vida em sociedade seja viável. Porém, no contexto capitalista que vivemos, não há que se falar em exercício pleno dos direitos fundamentais, se não há fornecedores para suprir o alimento ou os equipamentos necessários para que a economia se desenvolva regularmente.

Com isso, novas habilidades surgiram e outras foram desenvolvidas. O comércio virtual ganhou espaço e quem não tinha a intenção de viabilizar esse serviço, criou meios alternativos de possibilitar essa opção. Mas, muitos serviços, a depender do ramo, requer o contato físico para o seu exercício, o que, dado ao momento atual, não encontram meios de se sustentar.

Esse efeito fez com que a economia mudasse de foco e se pautasse na busca pelo mercado online, deixando muitas pessoas excluídas pelo fato de não estarem a par dessas tecnologias e outras vulneráveis a possíveis golpes e falsas promessas; e isso permite medidas mais incisivas do Estado.

Nesse ponto, ao longo deste trabalho, buscou-se responder as seguintes indagações: Numa situação de calamidade pública, qual princípio deve prevalecer: a proteção do consumidor ou a livre iniciativa? Dada as circunstâncias, é possível o aumento dos preços? Até onde esse aumento será considerado uma prática lícita?

O foco principal do presente trabalho é demonstrar que deve haver, por parte da sociedade e das autoridades legisladoras, uma maior

eficácia no combate ao problema financeiro enfrentado face ao Covid-19, através da cooperação entre os agentes econômicos e de políticas públicas que garantam a segurança populacional, sem desconsiderar o incentivo ao desenvolvimento econômico.

1 CONTEXTO HISTÓRICO DO CORONA VÍRUS E SEUS IMPACTOS ECONOMICO-SOCIAIS

Em dezembro de 2019, na cidade de Wuhan, província de Hubei, República Popular da China, foi identificado o primeiro caso de uma pneumonia até então desconhecida. O patógeno foi classificado como um novo betacoronavírus de RNA envelopado, atualmente denominado coronavírus de síndrome respiratória aguda grave (SARS-CoV-2), ou, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), coronavírus 2019 (Covid-19), uma emergência de saúde pública de interesse internacional. Já em 25 de fevereiro de 2020, foram registrados um total de 81.109 de confirmados e documentados em todo o mundo. Dada a rápida disseminação do Covid-19, percebe-se que há um aumento considerável do número de infectados e isso se dá pela alta taxa de contágio do vírus, causando uma disseminação em escala global e revelando a gravidade da doença (FAUCI; LANE; REDFIELD, 2020).

O primeiro registro do coronavírus no Brasil foi em 24 de fevereiro, em que um empresário de 61 anos, morador do estado de São Paulo (SP), foi infectado após retornar de uma viagem, entre 9 e 21 de fevereiro, à região italiana da Lombardia, o país europeu mais afetado pelo surto. Após o primeiro caso, outros diversos registros passaram a ser feitos no Brasil. Muitos vieram de países com inúmeros casos do novo coronavírus, mas depois foram registrados casos de transmissão local e, por fim, comunitária (BBC NEWS BRASIL, 2020).

À medida que o vírus se propagava, medidas de controle foram implementadas, inicialmente na China, para tentar conter o surto. Logo que as pessoas infectadas chegaram a outros países ou áreas, fez-se necessário buscar medidas que propiciassem a interrupção da

transmissão e evitar possíveis agravamentos sociais, visto que já tomou uma escala global (HELLEWELL; ABBOTT; GIMMA; BOSSE; JARVIS; RUSSELL; et al, 2020).

A China conseguiu reduzir bastante a transmissão, pois percebeu-se que a causa principal da epidemia se espalhar pelo mundo é a demora em testar os suspeitos e pela falha da proteção dos profissionais de saúde que lidam cotidianamente com a doença, além do fato de que muitos contactantes não procuram os serviços de saúde, já que desenvolvem doença leve; o que dificulta a identificação de casos e controle da epidemia. A China está conseguindo bloquear a epidemia provavelmente porque está identificando e isolando pelo menos 80% dos contactantes (SILVA, 2020).

A contaminação ambiental significativa por pacientes com SARS-CoV-2 através de gotículas respiratórias sugere o ambiente como um meio potencial de transmissão e apoia a necessidade de uma aderência estrita à higiene ambiental e das mãos. Foi averiguado que em uma série de 138 pacientes tratados em um hospital de Wuhan, 40 pacientes (29% dos casos) eram profissionais de saúde. Quando os vírus chegaram a Cingapura de um total de 47 casos foram confirmados entre os primeiros 25 casos transmitidos localmente, 17 casos (68%) provavelmente estavam relacionados à exposição ocupacional (NAPIMOGA; FREITAS, 2020).

Entre as medidas de controle utilizadas, tem-se o isolamento, método aderido principalmente de casos confirmados e suspeitos, e a identificação de contatos, como uma parte crucial desses esforços de controle; no entanto, não está claro se esses esforços alcançarão o controle da transmissão do COVID-19. Essas intervenções, entre elas o isolamento, também desempenharam um papel importante em resposta a surtos como ocorreu, por exemplo, no combate à doença provocada pelo vírus Ebola, pela Síndrome respiratória do Oriente Médio (MERS), e muitas outras infecções (HELLEWELL; ABBOTT; GIMMA; BOSSE; JARVIS; RUSSELL; et al, 2020).

Segundo a Lei nº 13.979/2020, o termo “isolamento” corresponde à separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou qualquer bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas e o termo “quarentena” significa a restrição de atividades ou

separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou quaisquer bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação (BRASIL, 2020a). Ambas medidas estão sendo aplicadas simultaneamente no Brasil como meio de prevenção da disseminação da doença.

Ainda existe uma grande incerteza quanto aos picos epidêmicos que podem ocorrer em vários locais onde o vírus chegou devido a fatores como condições ambientais e sociais e níveis de imunidade da população. Esses picos estão claramente relacionados não apenas ao tamanho das populações locais, mas também ao número de reprodução da doença, em que os números variam em diferentes localidades, de 1,4 a 3,9, com tempo de duplicação da epidemia estimado em 6,4 dias ou 7,4 dias. Claramente, os picos também dependerão da eventual conscientização das populações locais, medidas de prevenção na vigilância e intervenções (VILLELA, 2020).

A Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou estado de pandemia de Covid-19, a doença causada pelo novo coronavírus, que já infectou 292 mil pessoas e causou 12,7 mil mortes (segundo dados de 22 de março da OMS) em todo o mundo. A OMS estima que 3,4% dos pacientes morrem por causa da Covid-19. Mas especialistas estimam que essa taxa de letalidade gire em torno de 2% ou menos (BBC NEWS BRASIL, 2020).

Para evitar o lastramento da pandemia, diversas medidas estão sendo tomadas. Entre elas, há o isolamento global. No Brasil, decretos municipais e recomendações estaduais estão exigindo que as pessoas fiquem confinadas em casa, a fim de coibir a propagação da doença e diminuir o contágio.

As consequências práticas da pandemia, foram as diversas medidas tomadas para minimizar essa emergência em saúde pública de importância Nacional (ESPIN), conforme a Portaria nº 188 de 2020 (BRASIL, 2020b). Os prazos processuais foram suspensos, bem como as aulas em instituições públicas. Há restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos de entrada e saída do País; locomoção interestadual e intermunicipal; cancelamento das passagens aéreas

e pacotes de viagem, cobertura de exames e tratamentos pelos planos de saúde; ficando ativo somente os serviços essenciais: coleta de lixo, abastecimento de água e energia elétrica, serviços de internet, hospitais e centros de saúde, farmácias, supermercados, são alguns desses.

Está havendo um cenário de exceção e desequilíbrio entre a necessidade clínica real da população e disponibilidade efetiva de recursos. Na Itália, uma das regiões mais afetadas pelo vírus, as equipes estão usando da justiça distributiva, ou mais claramente, o utilitarismo como critério de alocação de recursos (modelo proposto por Jeremy Bentham), garantindo o tratamento de um paciente que possui maior probabilidade de sucesso, privilegiando a maior esperança de vida. Isto é, a equipe de saúde deve observar a gravidade da moléstia, a presença de comorbidades, o comprometimento de outros órgãos e a reversibilidade do estado patológico. Vê-se o peso das decisões tomadas e dilemas éticos envolvidos, bem como o quanto isso afeta diretamente a vida das pessoas envolvidas (OLIVEIRA; DOUGLAS, 2020).

Todo ser humano, em tese, tem direito a um leito de UTI para si, pois o Poder Público deveria ser capaz de prover o direito à saúde de todos. Ocorre que, um leito de UTI possui um custo de manutenção, mesmo quando vazio. Quando ocupado, esse custo aumenta, tanto o custo material, quanto humano, e por isso são feitos cálculos e previsões para um número tido como suficiente. A Organização Mundial da Saúde (OMS) fixa o mínimo de um leito de UTI para cada 10 mil pessoas e, embora a média brasileira geral seja de 2,3, a distribuição é bastante desigual e há regiões sem nenhum leito, o que leva a um desespero geral na população. Percebe-se que não apenas o comércio é grandemente afetado, mas o aspecto social também está comprometido, pois a garantia constitucional de acesso universal da saúde não é possível ser cumprida (ANJOS, 2020).

É possível notar que diante do quadro global de medo e insegurança ocasionado pela propagação acelerada da epidemia do Coronavírus, todos os países estão comprometidos na efetivação de medidas para minimizar os efeitos trágicos que seriam para o sistema de saúde ante ao caos de mortes e mais mortes da população. Para contornar o problema, foi estimulado e regulamentado no Brasil período de quarentena

social, prática que funcionou bem no controle de outras epidemias que assolaram o planeta.

Enquanto as pessoas estão em casa, o comércio também não pode funcionar, pois falta mão-de-obra e assistência técnica. Dado este fato, muitas empresas estão preocupadas com sua situação econômica após o fim do surto. Mas, a economia está prejudicada para todos e o consumidor também não pode ficar desamparado pelo Estado.

2 DIREITO A LIVRE INICIATIVA VERSUS PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

Nas relações de consumo, o consumidor é a parte mais fraca da relação e isso se dá pelo poderio econômico do fornecedor que pode impor sua vontade e, concomitantemente, pelas práticas do ambiente fabril, como a produção em massa, o advento do contrato de adesão, a massificação do crédito, dentre outras. Por conta disso, há a necessidade de uma proteção específica, decorrente das mudanças econômicas ocorridas ao longo dos tempos e do avanço nas relações de consumo mais complexas, em que colocaram o consumidor em posição de vulnerabilidade. Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor nasce com esse escopo protetivo (SOUZA, 2017).

A Constituição de 1988 já anunciava que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor, estando formalmente reconhecida a vulnerabilidade do consumidor, assim como a necessidade de organizar o sistema Nacional, envolvendo órgãos federais, estaduais, municipais e associações civis para defender e proteger o consumidor (INMETRO, 2002).

Segundo Sergio Cavalieri Filho (2014, pg. 381):

O código utilizou aqui o conceito de hipossuficiência em seu sentido mais amplo para indicar qualquer situação de superioridade do fornecedor que reduz a capacidade do consumidor – de informação, de educação, de participação, de conhecimentos técnicos e de recursos econômicos.

Sucedem que no artigo 170 da Constituição Federal de 1988, preceitua que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho

humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, bem como, no seu inciso IV, resguardar o princípio da livre concorrência, de modo que seja estabelecido a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (BRASIL, 1988).

Conforme salienta Ragazzo (2006), o objetivo da livre concorrência é preservar o processo de competição e não os seus competidores. O processo de competição, no modelo concorrencial, é o que possibilita a repartição ótima dos bens dentro da sociedade, contribuindo para a justiça social. Isso não significa que a concorrência não deve ser sopesada com outros interesses, como, por exemplo, a defesa do meio ambiente, a manutenção de empregos, o desenvolvimento sustentável.

O problema resulta no fato de que diante de um estado de pandemia mundial, fez-se necessário isolar as pessoas e para que a medida fosse eficaz, deveria dispensar os trabalhadores e suspender os trabalhos das empresas que tem atendimento ao público, bem como os contratos prestados com alguns consumidores. Logo, a ala comercial foi posta em inatividade, afetando a economia como um todo.

Surge, portanto, um impasse. De um lado está a atenção ao consumidor, que dada as circunstâncias, está numa situação de hipervulnerabilidade e não consegue arcar com seus compromissos; e de outro lado está o empreendedor que, desestimulado a empreender, não consegue conter o processo de desabastecimento de produtos em massa (lei da oferta e da procura), bem como o aumento do número de falências e desempregos.

Ocorre que desconsiderar essas medidas de proteção, principalmente no contexto histórico mundial decorrente da pandemia do Corona-Vírus, é ir de encontro com normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, pois as medidas tomadas neste período são de interesse da coletividade e abarca um número indeterminado de pessoas. Devendo o empresário assumir os riscos do empreendimento, mesmo em situações de pandemia.

O que se questiona é que o Estado tomando para si esse papel de extremo intervencionista não oportuniza condições para que o mercado possa se autorregular, intervindo na ordem econômica

sempre que necessário com o fim de resguardar a defesa do consumidor. Diante disso, um modelo que não garanta a livre concorrência não só se torna ineficaz, como também não atinge os benefícios que tipicamente decorrem de um modelo concorrencial, normalmente regido por agentes econômicos privados (RAGAZZO, 2006). Daí que o princípio da liberdade econômica não ser absoluto, posto que limitada pela finalidade da ordem econômica e pela defesa do consumidor (SOUZA, 2017).

Como preceitua o artigo 170, inciso V, da CF/88:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V - defesa do consumidor (BRASIL, 1988).

Barroso (2001) traz a lição de que cabe ao Estado fiscalizar o regular atendimento, pela iniciativa privada, dos princípios de funcionamento da ordem econômica. No desempenho dessa competência, deverá editar normas coibindo abusos contra o consumidor, prevenindo danos à natureza ou sancionando condutas anticoncorrenciais, por exemplo. Ao traçar esta disciplina, deverá o Poder Público, como natural, pautar-se no quadro da Constituição, tendo como vetor interpretativo os fundamentos do Estado e da ordem econômica: livre iniciativa e valorização do trabalho.

Não se confundem, dessa forma, a livre iniciativa e a livre concorrência, pois não são todas as formas de competição que são lícitas e benéficas à concorrência, bem como a livre iniciativa teria limites em razão da percepção de preços e quantidade, além de outras questões mercadológicas influídas por agentes econômicos com grande poder de mercado. Isso torna necessário que o Estado atue de modo a preservar o ambiente concorrencial saudável, impedindo e coibindo a prática de condutas anticompetitivas, por agentes econômicos, que sejam deletérias ao consumidor e à sociedade como um todo. O bem-estar social poderia ser prejudicado se não houvesse qualquer intervenção por parte do Estado (RAGAZZO, 2006).

Em prol de uma harmonização de interesses entre os agentes da relação de consumo, busca-se outras formas de solução consensual, já que o mercado de consumo não precisa ser necessariamente em um local físico, pois a comercialização pode ocorrer em domicílio, por telefone, correio, internet, dentre outros (INMETRO, 2002).

Kalakota e Whinston (1996) já consideravam as mudanças no ambiente tradicional de negócio, em que tanto as empresas quanto os buscam flexibilidade no ambiente mercadológico através do estabelecimento de conexões eletrônicas com clientes, fornecedores, distribuidores, grupos de indústria e mesmo com concorrentes, para incrementar a eficiência das comunicações de negócio, para expandir a participação no mercado, e manter a viabilidade de longo prazo no ambiente de negócio de hoje.

Visto que o cenário atual é instável e propício a mudanças, o mercado de consumo também sofre adaptações, conforme observa Toffles (1997, pg. 75):

Uma dessas consequências imediatas para o mercado de consumo passou a ser a *despadronização do contexto social*. Substituiu-se o conceito de produtos de massa. De produção padronizada e massificada passou-se a falar em “nichos de mercado”. Produtos e serviços são agora oferecidos para segmentos cada vez mais específicos de consumo. Passou a existir uma forte pressão para a individualização. Antes estável e homogêneo, o mercado econômico fragmentou-se em mercados em miniatura, cada vez mais numerosos e temporários. E isso tanto reflete como aprofunda as divisões emocionais, étnicas, religiosas, vocacionais e etárias da sociedade.

Na contemporaneidade, o comércio eletrônico é um meio idôneo de aferição de lucro, porém deve haver medidas de proteção do consumidor no comércio eletrônico para não correr o risco de agravar ainda mais o problema enfrentado. O Estado deve exercer o poder de vigilância, principalmente nas propagandas comerciais online, sobretudo pelo fato da fragilidade do consumidor neste momento e o risco de se incorrer em fraude, abuso do direito e déficit de informações que podem levar o consumidor ao erro.

3 A LICITUDE DO AUMENTO DOS PREÇOS DOS PRODUTOS NO ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA

O poder da livre concorrência preceitua que a concorrência não pode ser restringida por agentes econômicos com poder de mercado (BRASIL, 1988). A livre concorrência garante um preço menor para os consumidores e o estímulo à criatividade e inovação das empresas.

O poder de mercado não é ilegal, mas quando usado de forma dissimulada, ferindo a livre concorrência e o mercado, mesmo sem intenção, configura abuso do poder econômico e permitindo a atuação do Cade para reprimir tais condutas.

O artigo 36 da Lei nº 12.529/11 trata das infrações à ordem econômica na medida em que possam produzir efeitos anticoncorrenciais, podendo causar os seguintes efeitos: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência; aumentar arbitrariamente os lucros do agente econômico; dominar o mercado relevante de bens e serviços; ou quando tal conduta significar que o agente econômico está exercendo seu poder de mercado de forma abusiva (BRASIL, 2011).

O poder de mercado ocorre quando uma empresa ou um grupo de empresas for capaz de manter seus preços sistematicamente acima do nível competitivo de mercado sem perder os seus clientes. Isso é muito difícil em vista da competitividade do mercado, mas é possível, principalmente no cenário econômico atual.

A antiga lei antiga Lei 8.884/94 traz conceitos interessantes de preços excessivos e aumento injustificado de preços. O preço ou o aumento excessivo dos preços por si só não pode ser considerado uma prática lesiva à concorrência, ele só o será se for decorrente de infração ou se for apto a causar efeito anticompetitivo. Existem os preços excessivos ou exploratórios, decorrentes do poder de mercado e os preços abusivos ou excludentes, praticados com o intuito de excluir competidor do mercado. Neste último, requer a atuação da autoridade antitruste, como forma de garantir o funcionamento de mercado, mas não lhe cabe interferir no papel do agente privado no processo de tomada de decisões, principalmente quanto aos preços, pois isto daria o poder à autoridade de dizer qual o preço justo. Isso seria o mesmo que dizer que a autoridade tem conhecimento sobre o funcionamento do mer-

cado, da estrutura e custos da empresa, dos investimentos realizados pelo agente.

A Lei 12.529/11 trata do conceito de posição dominante, que pode ser entendida quando uma empresa ou um grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, de forma que ela seja capaz de, deliberada e unilateralmente, alterar as condições de mercado. Mas a configuração de abusividade é verificada pelo Cade caso a caso. No caso de calamidade, a falta de fornecedores de produtos, coloca outros em posição dominante frente ao mercado e nem sempre isso pode ser considerado uma infração (BRASIL, 2011).

Posição dominante é diferente de monopólio, na medida em que o monopólio se caracteriza quando só há um ofertante do bem ou serviço, cujas empresas podem determinar os preços de mercado por meio do controle da quantidade ofertada, para obter o máximo de lucro possível. Esse tipo de situação monopolista pode surgir naturalmente em nosso ambiente e prejudicial aos consumidores, podendo ser causas de ineficiência produtiva (BRASIL, 2011).

Mas em frente do Código de defesa do consumidor, no seu artigo 39, inciso X, percebe-se a proibição dos fornecedores de elevarem sem justa causa o preço de produtos ou serviços, tratando de uma prática abusiva. Esse imperativo independe de o agente estar abusando da posição dominante ou dos aumentos dos seus lucros, mas sua configuração é a questão de difícil constatação (BRASIL, 1990).

Wieacker (1993), com base no estudo dos contratos, traz a noção de uma *justa causa*, que em matéria de elevação de preços, contudo, vai associar-se à formação do princípio da equivalência material, significa equivalência do valor do produto com o valor do lucro obtido.

Stoffel-Munck(2000) explica que essa ausência de equivalência material pode ocasionar um desequilíbrio no âmbito moral e econômico. O primeiro diz respeito ao abuso da posição dominante por meio de um comportamento desleal (agiu de má-fé). A segunda é o desequilíbrio pautado nos custos e riscos da operação.

Já a Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011), preferiu definir no seu artigo 36, inciso III, como infração à ordem econômica, as condutas que tenham por fim aumentar

arbitrariamente os lucros, independente da aferição de culpa ou de ter alcançado o resultado (BRASIL,2011).

Enquanto o artigo 39, inciso X, do CDC, veda-se a *elevação de preços sem justa causa*, distingue-se da previsão contida na lei da defesa da concorrência quando se diz em *aumento arbitrário de lucros*, pois o primeiro pode se caracterizar por outros motivos que não sejam o lucro. Embora não se perca de vista uma possível ou provável relação de causa e consequência, não se pode afirmar peremptoriamente que em razão do aumento de preços sem justa causa haja o aumento arbitrário dos lucros.

Ainda há de citar o fato da previsão constitucional o princípio da livre iniciativa, logo, em um mundo globalizado e concorrencial, não se pode tirar a liberalidade da empresa de ter o controle do preço dos seus produtos. A configuração da infração ocorre quando é feito de forma que o seu poder dominante venha de má-fé lesionar o consumidor, colocando-o em uma posição desigual, aproveitando da dependência do consumidor a determinado produto (BRASIL, 1990).

Com a possível recessão que será enfrentada pelo Brasil, tendo como consequências práticas o aumento da inflação e dos custos da atividade econômica, poderá ser de difícil elucidação os casos em que há abusividade no aumento dos preços. Porém, a prática abusiva pode ser verificada quando o fornecedor quer aproveitar do momento calamitoso para aferir lucro, como por exemplo por conta de vendavais que causem danos em massa nas telhas, multipliquem-se os preços dos preços. No caso em que vivemos, poderia ser comparado ao aumento abusivo do valor do álcool em gel, que é um produto usado para a limpeza principalmente das mãos (local do corpo que mais tem contato com as mucosas – local de transmissão viral).

Neste contexto, não se possa exigir do fornecedor que mantenha estável ou reduza seu lucro, se racionalmente ele arranhou mecanismos de aumentar a clientela. O fornecedor sofre com a inflação, com os custos da produção, com a incerteza do tempo de execução, custos de pessoal (mão-de-obra), investimentos na virtualização dos serviços, dentro outros. O que não significa que ele visar a maximização de lucros no momento em que o poder de compra o consumidor está prejudicado frente a pandemia, pois isso seria um aproveitamento e configuraria o abuso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O intuito deste trabalho fora explicar acerca das mudanças no cenário econômico-social provocadas pela pandemia do Coronavírus, mostrando as consequências da manifestação em larga escala do vírus e os meios utilizados para se evitar um caos no sistema de saúde: o isolamento social; medida que assegurou a segurança da população.

Tendo abordado como esse surto viral influenciou na iniciativa privada e nas relações de consumo, pois, devido a isso, as empresas viram-se rodeadas de problemas financeiros e conseqüentemente, afetando a vida do consumidor, que já era parte hipervulnerável da relação comercial e viu-se ainda fragilizado pelo aumento dos preços dos produtos e em muitos casos, a falta no recebimento dos salários.

O Estado, intervindo no meio econômico, editou uma série de medidas para minimizar a situação e veio o questionamento até onde essa intervenção era lícita para proteger o consumidor frente ao princípio da livre iniciativa. A resposta está na ponderação, pois deve haver o desenvolvimento econômico, mas antes deve assegurar que todos tenham acesso ao mínimo existencial.

Considerando que a situação mercadológica não é favorável e estável para o desenvolvimento mercantil, deve-se ter em mente que a prática de atos abusivos em sede de relações de consumo, poderão ocorrer. O que se deve discutir não é se o aumento do preço é excessivo ou não e sim se ele se apoia em motivações sustentadas na racionalidade econômica ou na simples aferição de lucros frente ao estado calamitoso. O segundo quadro reflete uma conduta anticoncorrencial e coibida pelo Código de Defesa do Consumidor.

BIBLIOGRAFIAS

ANJOS, Anna Beatriz et al. **Em meio à pandemia do coronavírus, Brasil enfrenta “desertos” de UTIs. Agência Pública.** Disponível em: <https://apublica.org/2020/03/em-meio-a-pandemia-de-coronavirus-brasil-enfrenta-desertos-de-utis/>. Acesso em: 07 de abril de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem Econômica Constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: 2020.

BBC News Brasil. Ministério da Saúde confirma 9 casos do novo coronavírus no Brasil; já há transmissão local. BBC News Brasil, 2020, Disponível em: Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-51713943>. Acesso em 26 de março de 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. As medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.** Brasília, DF: 2020a.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria MS/GM nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Brasília, DF: 2020b. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em 29 de março de 2020.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Brasília, DF: 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: 1988.

BRASIL. **LEI Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: 1990.

CAVALIERI Filho, Sergio. Programa de direito do consumidor. São Paulo: Atlas, 2014. p.381.

VILLELA, Daniel Antunes Maciel. O valor da redução dos picos epidêmicos do Covid-19 para respostas mais efetivas à saúde pública. Rio de Janeiro: Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Tropical, 2020.

- FAUCI, Anthony S; LANE, H. Clifford; REDFIELD, Robert R. Covid-19 - Navegando no desconhecido. *The New England Journal of Medicine*. 2020. Disponível em: <https://doi.org/https://doi.org/10.1056/NEJMe2002387>. Acesso em: 27 de março de 2020.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 752-757.
- GOUVÊA, Sandra. *O direito na era digital: crimes praticados por meio da informática*. Rio de Janeiro: Mauad, 1997.
- HELLEWELL, Joel; ABBOTT, Sam; GIMMA, Amy; BOSSE, Nikos I; JARVIS, Christopher I; RUSSELL, Timothy W; et al. Viabilidade controle de surtos de Covid-19 por isolamento de casos e contatos. *Lancet Global Health*, 2020; Disponível em: [https://doi.org/https://doi.org/10.1016/S2214-109X\(20\)30074-7](https://doi.org/https://doi.org/10.1016/S2214-109X(20)30074-7). Acesso em: 26 de março de 2020.
- INMETRO, Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial. *Direitos do consumidor ética no consumo*. Rio de Janeiro: Idec, 2002.
- KALAKOTA, R. e WHINSTON, A. *Fronteiras do Comércio Eletrônico*. New York: Addison-Wesley, 1996.
- NAPIMOGA, M. H; FREITAS, A. R. R. *Odontologia vs Coronavírus da Síndrome Respiratória aguda grave*. Rio Grande do Sul: *Revista Gaúcha de Odontologia*, 2020.
- OLIVEIRA, Eduardo Perez; DOUGLAS, Willian. *Direito à Saúde x Pandemia – A judicialização em tempos de coronavírus: quando o direito encontra a realidade*. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2020.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel J. *NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA*. Paraná: SCIENTIA IURIS, 2006.
- SILVA, Antônio Augusto Moura da. *Sobre a possibilidade interrupção da epidemia pelo coronavírus (COVID-19) com base nas melho-*

res evidências científicas disponíveis. Rio de Janeiro: Revista Brasileira de Epidemiologia, 2020.

SOUZA, Andréia Affonso Reis de. A tutela administrativa do consumidor: análise procedimental do procon e a (in)aplicabilidade do princípio da cooperação. Trabalho de conclusão de especialização. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2017.

STOFFEL-MUNCK, Philippe. *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*. Paris: LGDJ, 2000, p. 330-332.

TOFFLER, Alvim. A Empresa Flexível. Tradução: Pinheiro Lemos. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Record, 1997. Pág. 75.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 599.

PAVLOV, ARENDT: UMA OLHAR DIALÉTICO DA PSICOPEDAGOGIA

Clayton Alexandre Zocarato

1 Introdução

O legado Ivan Pavlov possui grande importância para os estudos educacionais, já que a partir de seus conceitos teóricos postulados a partir da neurofisiologia e do empirismo psicológico do “**reflexo condicionado**” e “**variante de pensamento**”¹⁴³, possibilitou o progresso de técnicas de uma lapidação em objetivar uma metodologia de ensino – aprendizagem, que não ficasse unicamente a procedimentos filosóficos, pedagógicos e psicológicos, que não contivessem uma base da sólida de biológicos e biomecânicos.

Seus trabalhos, são de grande valia para os estudos nos campos, da “**neuropsicologia**”, bem como a uma gama comparativa, defronte a psicanálise no quesito em imiscuir caminhos, melindrando a questão da geração de impulsos mentais, corporais diante espaço físico ao qual o indivíduo se localiza em um processo de formação mental com características, a promover uma “**teoria da cultura**”, em que a elaboração congênita de pressupostos argumentativos, construídos na capacidade de aprendizagem individual do “**ser**”, atrelados ao progresso

143 Reflexo Condicionado, atrelado a ideia de Ivan Pavlov, acerca do comportamento mecânico feito pelos homens baseados em estímulos advindos externamente, em relação ao cérebro. Variante de Pensamento. Concepção aristotélica de mudança e união de várias opiniões em um mesmo sentido de desenvolvimento de atribuições filosóficas.

biológico do corpo, e ao “espaço ambiental”, ao qual conduza suas formas de vivências.

Hannah Arendt (1993), apoiado pelos princípios de cultura de massa da Escola de Frankfurt, orquestra seus preceitos, a valorização do ideal “*krisis*” (*crise*), ao sentido de uma educação, que questione o poder, como um diretório a uma dialética platoniana, de combate a massificação, e ao pseudo-conhecimento, valorizando um manismo que não fique exclusivamente preso, em espaços sociais concatenados, unir regras de convivência, mas que não venham a no derradeiro golpe de uma “política”, que não contenha uma lógica de ação nos cabidos de ornamentar um crescimento do indivíduo como detentor de suas próprias ideias, e também que com um ímpeto criador e gerador de ovas opiniões.

Ressaltamos, que Arendt, sofreu muitas críticas em torno do seu pensamento político-educacional, e devido as suas experiências pessoais com os regimes de exceção durante a Segunda Guerra Mundial, como o Stalinismo e o Nazismo, o que deixa lacunas um valor científico de suas aptidões, em torno á processos educacionais, que possam emergir tanto como fatores de uma ontologia, a esgarçar a união entre o materialismo tecnológico da atualidade, como em oferecer instrumentos pedagógicos para perguntas clássicas, sugeridas, dentro de padrões do ‘pragmatismo moderno’, deixando a seguinte questão; “Como pensamos para educar, e como educar para pensar”.

Dentro do campo da psicopedagogia, exalamos a vital importância em realizar um estudo comparativo entre essas três correntes de pensamento, “reflexo condicionados, inconsciente coletivo e massificação”, argumentando em torno a importância de princípios, a uma educação que possa tanto analisar a ação dos professores, e também como está sendo disseminado o ensino, se despertando o valor da dúvida como um primeiro caminho para se chegar ao auto -conhecimento, ou se está sendo unicamente um caminho a construção de reflexos condicionados, dentro das perspectivas pavlovianas.

O objetivo desta pesquisa é proporcionar uma abordagem geral dos procedimentos e ações que aproximam Filosofia, Psicologia, e Biologia em relação a Psicopedagogia, estruturando diferentes áreas do

conhecimento, oferecendo graus de comparações entre as duas bases: Pavlov e Arendt.

De certa maneira há uma forte integração em realizar nesse estudo, um arquétipo teórico, a valorização de uma filosofia da mente e da aprendizagem, que venham a unirem polivalentes estertores teóricos e metodológicos a uma gnose teórica prática de uma doutrina e disseminação de pedagogias a valorizarem, tanto aspectos, sociais, como biológicos, dentro as dificuldades apresentadas por professores e estudantes, mas com um forte apelo a revalorização do trabalho de Ivan Pavlov

Os autores a psicopedagogia escolhidos para serem trabalhados nessa pesquisa, são Jorge Visca, Tânia Grassi e Alicia Fernandez, no sentidos a promover discussões no cunho de despertar uma disseminação do valor do trabalho psicopedagógico, tanto no espaço de uma revisão histórica na sintonia de diferentes conceitos de divulgação e integração de novos pontos e contrapontos no sentido a uma valorização desse profissional, e de sua importância para uma integração com outras áreas do conhecimento, como a biologia, filosofia, psicologia e psicanálise.

2 Revisão da Literatura

Sobre o título desta pesquisa, do olhar dialético da psicopedagogia em Pavlov e Arendt, definimos alguns itens que merecem reflexão: **Filosofia, psicologia, e biologia em relação a psicopedagogia; Graus de comparações entre as duas bases: Pavlov e Arendt;**

2.1 Filosofia, psicologia, e biologia em relação a psicopedagogia

A psicopedagogia surge com uma forte sombra de crítica, a uma escola que esteja auspiciada, em distorcer, o valor de uma inteligência, que não foque, no aprendizado além dos espaços fechados das escolas e universidades, em uma erudição maquiavélica do “*saber*”, aos quais buscam uma elitização, e não produza baluartes, a uma “*factologia*”¹⁴⁴, que transpasse o senso-comum, bem como a patologização dos

144 Factologia: Conjuntos de fatos históricos, filosóficos, e psicológicos que ocorrem simultaneamente e tem efeitos diretos na formação de alguma causa ou momento específico.

estudantes aos quais, produzam uma discriminação, dos menos aptos para frequentar estabelecimentos de ensino.

O Nazismo (coirmão do Stalinismo), meandra um darwinismo-social, vangloriado nos horrores de uma limpeza étnica, em busca do ideal humano a um racionalismo, banhado de sangue, gerenciando, um terreno sem precedentes, nos vínculos de destruição da tolerância e respeito pelo próximo.

2.2 Graus de comparações entre as duas bases: Pavlov e Arendt

2.2.1 Ivan Pavlov (1987)

O cientista comportamental russo, Ivan Pavlov eleva sua condição teórica acerca do condicionamento mental, através de estudos realizados com base na biologia do cérebro e de suas reações ao ambiente que o indivíduo está inserido, e em experimentos realizados em laboratório.

Sua formação acadêmica em medicina facilita uma compreensão em relação à formação dos hábitos, que estão diretamente ligados ao meio sociopolítico ao qual o “*ser*”, esteja realizando suas vivências.

A sua experiência, em seu laboratório, financiada pelo governo Bolchevique, primeiramente com Lênin, e depois com Stalin, se contrapõem, aos princípios de liberdade democrática, se posicionando nesse cabido intelectual, como um controle sistemático da informação, e despertando caminhos para a destruição de um espírito lúdico-dialético, fazendo uma educação ao qual o “ambiente”, se torna protagonista para arquitetar mentes seduzidas pelos devaneios da Ideologia Oficial de Estado.

Pavlov, e seus cães “referências” (aos seus experimentos feitos com a salivação através do toque de uma sineta), confluem a um momento histórico ao qual tanto a filosofia, bem como a política e a história, estão em um momento de “*krisis*”, em suas conjecturas estruturais, sofrendo metamorfoses, para um cunho de levar, a formação de um indivíduo, com proposições a uma afetividade que possa valorizar, uma ética de respeito pelo próximo.

As tradições seculares do Estado Czarista, estão comiserados aos caminhos de uma educação, aos quais, o culto da personalidade do líder, a irrupção da “*massificação*”, e o distanciamento de ideais democráticos, fazendo uma “*ontologia negativa*” (Adorno, 2004 ¹⁴⁵), para levar os patamares de uma lapidação filosófica, que possa reunir polivalentes sínodos de aprendizagens, que estejam distante, aos cumes do Totalitarismo.

Aliás, os “*reflexos condicionados*”, e sua base para uma formulação da “*biologia da mente*”, que não levem em consideração as dádivas da subjetividade, estão imiscuídos de ações, de aniquilar, a rigidez de um conhecimento que seja realizado em tramites, do fluxo constante, de uma “*intelectualidade orgânica*” (GRAMSCI, 1978), em cíclicas camadas a uma dissertação de conhecimentos, que possa possibilitar o renascimento moral, para uma humanização a se levar em consideração, “*fronts*” de admoestações ao pensamento contendo diatribes de produzir e disseminar aprendizados lúdicos.

Outras virtudes para isso são que Pavlov, está em um espaço tempo, concomitantemente, extenuado ao desenvolvimento da Psicopedagogia, como instrumento, no polimento de uma escola, que não esteja unicamente pautada em depositar o “*saber*”, e sim que promulgue atividades, que possam combater o ensino discriminador, em uma visão “eugenista”, com nominalismos, preconceituosos que “*não são todos*”, que contenham as mesmas habilidades mentais, dentro de ciclos de lançar, a enlases de uma filosofia educacional de disseminação do conhecimento diversificada.

Stalin vai se utilizar da dogmatização metodológica do “*líder da nação*”, em natureza de manutenção e condução de assuntos estatais, na promulgação, a um “*tecnicismo*”, ao qual oposição as ideias, está auscultada como um predomínio de levantes opositores, que possam desestabilizar, a harmonia do Partido, bem com a levar a situações de penúrias na conservação do “*status quo*”, social vigente, desvalorizando atitudes oposicionistas, que foram as marcas do Totalitarismo.

145 Ontologia Negativa. Conceito ligados aos pensadores da Escola de Frankfurt no que é condizente a fatores metafísicos que contribuem para uma formação psicológica carente de ética e respeito pelo próximo e a sociedade civil, como exemplo a proliferação exagerada dos prazeres sexuais e o surgimento dos governos totalitória

O cientificismo do século XIX, dentro as concepções pavlovianas, está outorgado, a uma gnose, de que os desejos humanos, podem desviar para uma balburdia generalizada, e que o “**reflexo condicionado**”, opera um sentido de ordem, contra atributos de insurreições aos elementos discursivos, e práticos nos pilares, de um “**marxismo-leninismo**”, recheado pela “**tiranía – mor**”, do stalinismo, aos quais, uma contracultura, está distante do plantel de simulacros na arquitetura de planos para um cunho de integração a múltiplos elementos sociais senis que figurem, como uma sombra de ameaça, a homogeneização de classes humanas, em torno de um viés de conciliação ideológicas, ornamentada pela intolerância e desprezo, e pelo livre – arbítrio.

2.2.2 Hannah Arendt (1993, 2005)

Dentro “**de um sentido, “metafísico**”, o conhecimento ao qual Hannah Arendt” (1993), vai buscar no conceito de amor em Santo Agostinho, de unir a teologia cristã, com os batistérios teóricos, de uma moral helenística, que possa fornecer explicações para as explosões de intolerância aos quais a política de Estado, tomam forma na primeira metade do século XX.

O crescimento do fanatismo, e o temor “do errado”, como uma ofensa para uma aquiescência de informação, que viabilize uma clara geração de liberdade expressão, fez com que se pensasse em novos caminhos para uma escola, que não fiquem exclusivamente atreladas as suas métricas arquitetônicas, bem como realizar uma “**desconstrução**” (**pós-modernismo**) de um cogito que não esteja exclusivamente no empirismo e sim leve como base a história de vida de cada pessoa.

O altruísmo é uma marca indelével da psicopedagogia, e dentro de espaços comparativos, se encontra em projeções, a intermitências a uma epistemologia de uma “**nova ciência da mente**” (GARDNER, 2000), a uma mente humana, esgarçada nas possibilidades, de uma afetividade, resplandecente de atos de um “questionar”, embasado na consciência crítica, de uma teleologia contando o respeito pelo próximo, bem como, disseminar subterfúgios, que não pode medir as possibilidades a empreender uma educação ética científica, permutada a uma estética preconceituosa, com empobrecimentos morais de

conteúdos, que venham deformatar a realidade, fazendo das vontades particulares, se impregnem, perante a conduta pessoal de cada uma das pessoas.

Contraditório pensar, que se colocar os fatores das *“vontades particulares”*, como um primado psicanalítico, em que os desejos de frustração, possam submeter perante uma incessante propaganda organizada por aparelhos de Estado, venha fabricar em larga escala, um escorbuto de esfacelamentos, de um *“espírito crítico”*, a uma mente, com preâmbulos, a uma cultura, que não esteja focada aos pilares, de um respeito pelas minorias, banhada na incredulidade do homem pelo próprio homem.

Um inconsciente de coletivo, de confusão metodológica se instala, com identificação a um *“ethos”*, de construção educacional que possa, levar a uma fracionalização do hermetismo, de uma genealogia escolar, formada pela destruição de patamares de currículos flexíveis, e que não leve em consideração unicamente o tradicionalismo de *“comemorações cívicas”* por exemplo, bem como o culto a heróis nacionais, vem de encontro aos interesses pueris, de uma aglutinação de um *“labor”*, de flexibilização nas relações de um aprendizado, que não qualifique e não desqualifique de maneira monstruosa os indivíduos que necessitem de uma *“atenção especial”*.

A ciência da atenção se concentra na valorização de princípios aos quais ela possa vim acompanhada com a interpretação de interfaces sociológicas, que possam propiciar o entrelaçamento entre a capacidade de criação particular de cada pessoa, bem como angariar, a adentrada de novos princípios, no sentido de levar a coabitar em um mesmo raio de ação, novos vértices de paradigmas, de respeito pelo próximo.

A Psicopedagogia, dentro de suas especialidades, vem a questionar, tanto a disseminação de atitudes a uma intelectualidade, que contenha humanismos de respeito pelo próximo, unido a um sentido profissional, que esteja caracterizado em um compromisso social, de lutar contra um paralogismo de colocar em uma mesma escala de entendimento, diferentes polos a constituição de um *“sujeito”*, que seja fruto do seu tempo, deixando para posteridade, jactâncias para prolongamentos, de uma plasticidade do conhecimento, que possa levar elementos educacionais, para uma condução

intelectual de base multiculturalista, que não se distancie de princípios democráticos.

Enfocando ao conceito “*tábula rasa*”,¹⁴⁶ de John Locke, (2005), as fundações mentais que venham a reunir o conhecimento dialético, na forma de uma simbologia, que reúna uma elaboração de didáticas, que possam entreverem práxis, a não discriminação da excepcionalidade, não como um contorno antropológico de classificação a quantidade e qualidade, antenados na destruição do respeito entre as mais diversificadas figuras humanas, porém que contendo, em suas simetrias ideológicas, um caminhar de aprendizagem focado em sua amplitude, a um passo, de cadenciar, similitudes preconceituosas, de inferiorizar o “*ser*”, como um escopo psicológico de constante transformação.

Pavlov surge no cenário intelectual, com uma sombra do cientificismo positivista, que venha a descaracterizar o abstrato, como um componente vital, para uma união de novos “*probos*”,¹⁴⁷ no caminhar a exalar, o respeito pelo próximo, aos quais, a personalidade humana, está mitigada na sua maioria, aos artifícios do mundo biológico.

O conflito entre uma educação humanista levando o plano da perfeição, e a utilização de princípios de aprendizagens focados em teorias acadêmicas, aos quais os elementos de uma educação de qualidade, estão estacionados, na repetição de atos, que vão levando o “*eu*”, a distanciar dos lastros de uma produção de intelecto, que possa ostentar a argumentação, contra uma coisificação de ensino, contendo extremismos de fanatismos.

A base para se levar um pleito de desumanização do caráter ético, a geração de escrúpulos, aos apelos de denunciar as monstruosidades cometidas pelos mais ferozes atravancos nas partituras de léxicos governamentais, para um extermínio de ipseidades, de colocar em um mesmo ângulo de civilidade, o indivíduo menos capacitado, faz com que a Psicopedagogia entre como um cunho de integração entre diferentes elementos humanos.

146 Tábula Rasa. Conceito filosófico cunhado por John Locke, ao qual a mente humana seria inicialmente algo vazio, sem ideias, e que aos poucos vai sendo preenchida subjetivamente com o convívio do indivíduo dentro da sociedade.

147 Probos. Do que se diz honrado, integro.

“Hannah Arendt, em suas Origens do Totalitarismo”, (1993), lança suas bases para um pragmatismo, em sua substancialidade de pensamento, na normalidade da crueldade humana, fugindo do amor a humanidade, natural do indivíduo, que faz parte das bases de um Contrato Social ético da destruição e do medo, ou bem como frisou o psicanalista **“Erich Fromm”**, **“a arte de amar”** (1988), sendo alojada a um condição de disseminação de informação, engendradora meramente de está sancionada a formalismos acadêmicos.

Os discursos, entre a fisiologia educacional e psicológica de Pavlov, com a teoria de massas de Hannah Arendt, contando com um imaginário historiográfico, na descrença do espírito, contribui para que pensadores, do naipe Celestin Freinet, e Alfred Binet, junto com precursores da moderna psicopedagogia, como Sara Pain Alicia Fernandez e Jorge Visca, façam paralelos comparativos, para um atávico sufixo, na necessidade de rever métodos de ensino, que não fiquem exclusivamente ao preenchimento de modelos oficiais de conhecimento científico e educacional, assinalados pela marca de um Estado Fascista e Bolchevista, que levasse a uma higienização de valores, a combater um nicho fanático outorgado na jubilação de espaços de confrontos intelectuais, visando o presságio, em arremeter uma imagística, que venha a promover, o **“lúdico”**, bem como um **“Construtivismo”**, que esteja além das vertentes científicas e filosóficas, mas sim agastada na realidade de cada estabelecimento de ensino, fazendo **da “instituição escolar”**, arcabouços para o crescimento de combatividades intelectuais, bem como a lutar contra animosidades de ideologias destrutivas, de uma criticidade, senil, na busca de uma superioridade existencial, bem como moral dos estudantes.

A construção da socioafetividade se encontra em caminhos de lutar contra princípios de uma educação que não esteja designada, ao bem-estar do próximo, e nas fugas de artimanhas metodológicas que possam oferecer promoções de uma atividade mental, que não contenha exclusivamente explicações biológicas, com preceitos, a valorização do pensamento dialético.

Os entraves a uma formação de pensamento social que esteja, na emulação de novos compromissos metodológicos, de uma lógica argumentativa, coagulada entre as realizações pessoais, e uma compreensão

da importância do próximo para uma aproximação, entre o que pode ou não vir, a se constituir como um estereótipo para o prosseguimento de fatores educacionais, favorece uma atitude moralista, a um cabido, no desenvolvimento de uma personalidade, nos imediatismos de problemáticas, em um cronotopo (espaço - tempo) analítico, ao qual a produção intelectual possa ser esmiuçada no diâmetro de tempo histórico e psicológico, sentenciado nas métricas de ajudar, no holístico de uma metafísica, que chegue a influenciar uma postura de alteração aos sistemas límbicos (inteligência), bem como ao favorecimento de atividades intelectuais, comprometidas com o próximo.

Outros caminhos para compreender a importância da psicopedagogia, unindo uma teoria da mente com atividades morais e sociais, lança bases analíticas para comprometimentos em levar a massificação, com base de crítica ao condicionamento mental averiguando paraxes, aos quais diferentes profissionais da área pedagógica possam conter materiais para uma formação intelectual, contendo enredos de ações de equivalentes no bem-estar de seus “*pupilos*”, fugindo de frieza de colocar o “*indivíduo*”, em um jargão de vim conter a classificação como sendo “*cobaia*”, perante o campo científico.

Hannah Arendt, tendo em suas bases teóricas caminhos, interligados em torno da filosofia-política *hobbesiana*¹⁴⁸, busca um entendimento de como a natureza humana, contendo no pacto-social, um caráter estético de bases de entendimento, nos languídos a um empirismo de estabelecimentos a uma ordem psíquica coletiva de controle das vontades, com base na investidura, a um líder supremo, que possa comedir uma unificação de procedimentos intelectuais, que venham atender os prognósticos de uma sociabilidade, que contenha lampejos de liquidade, na construção de valores éticos, na convivência de grupos humanos paradoxais entre si.

2.2.3 Reflexões sobre as duas bases teóricas

A psicopedagogia como um modelo de ciência operativa, e atuante dentro dos mais diversificados caminhos de construção de realida-

148 Thomas Hobbes (1588 – 1679). Filósofo Político Inglês, notório por escrito uma obra de fundamentação do Estado Despótico, O Leviatã, ao qual retrata como um líder deve conduzir os negócios da nação.

des humanas, projeta contrapontos, entre o sentimental, o moral, o social, anunciando uma luta intrépida, contra um fracionamento de tratamentos, de um “*existencialismo*”, que não vigore como um sinal de pessimismo perante o destino da humanidade, diante as armadilhas que a explosão tecnológica, como a “*Era da Informação*”(2000) possa causar nas pessoas o crescimento de neuroses coletivas, vindo contaminarem processos de um amadurecimento psicológico, de profissionais especializados em torno do papel do psicopedagogo em sua área de trabalho, tato como em sua produção de escritos para a formação de novos profissionais, contendo um bom campo de atuação para suas habilidades específicas.

A sua luta por reconhecimento, dentro do contexto histórico brasileiro, e sua relação com mais disciplinas educacionais e sociais, envolve tanto a transdisciplinariedade, como interdisciplinaridade, vindo promover atos de uma cadência, de surgimento a uma intersubjetividade, que possa chegar à subjetividade, porém precavendo contra sombras de um individualismo recheado, ao vazio de favorecer um prelúdio de “*corpus*”, com práticas de alteração a mentalidades vilipendiadas por uma violência midiática, respaldado por uma “*microfísica de poder*”(FOUCAULT, 2016), disseminada, pela carência na construção de uma identidade filosófica, a uma escola com liberdade de formação pedagógica, e que não estejam nos certames burocráticos de manuais tendenciosos a *fausticos*¹⁴⁹ projetos de idolatrias a semiologias, referentes a um ufanismo desenfreado.

O condicionamento mental produz reflexos para a constituição de uma fisiologia do cérebro que possa está no comprometimento à formação intelectual que leve em consideração não somente os efeitos biológicos de seus procedimentos, e sim que contenha o valor de esmiuçar, caminhos para compromissos a uma pedagogia do conhecimento que esteja a dominar as emoções de maneira abrupta, realçando, a produção de uma informação que leve, a estonteantes cunhos para combater a massificação cultural e moral, ao qual não faça maiêutica

149 Fausto personagem criado pelo escritor alemão Johann Wolfgang Von Goethe (1749 – 1832) ao qual narra os conflitos e dilemas humanos, diante o desconhecimento de sua própria existência transfigurados na fgura de um velho médico, cujo o nome dá o título da obra em questão.

ser substituída por taciturnos, comprometimentos de procedimentos de ensino levados a destruição de construção a um *“eu crítico”*.

Para isso a consolidação de caminhos para a aplicação de uma psicopedagogia que comprometa o trabalho pedagógico, distante a um exagerado ecumenismo de transitar conteúdos, que não possam conter efeitos claros para uma elaboração mental ética, bem como o entendimento do seu espaço no mundo, *“ao qual o ser”*, possua uma crítica da sua condição no espaço temporal existente, produz a ligação do condicionamento mental de Pavlov, com a ideia de massificação outorgada por Hannah Arendt, que deixa depois dentro das premissas epistemológicas da Escola de Frankfurt, de contribuir para construção de um panóptico de formação, a um adocimento do papel do conceito *“helenístico de krisis”*, como um cumprimento de estabelecimento de uma filosofia que venha, a provocar um quixotesco preâmbulo de confusão no ordenamento e formação de idealismos críticos.

Óbvio que dentro de perspectivas filosóficas comportamentais e institucionais, levando em consideração caminhos para um humanismo ético, diversos elementos são disseminados que possam contribuir para enaltecer uma arquitetura de saberes que não venham a reproduzirem miscelâneas de artimanhas para um lado intelectual, que esteja auspiciado inteiramente aos procedimentos da doutrina oficial de Estado, combatendo o desenvolvimento de um desenvolvimento da pessoa, engendrado na exploração e destruição de uma ética de compromisso com o próximo.

Pavlov, ao contexto histórico de vangloriar o *“Naturalismo”*, como um cunho de engrandecimento do empirismo, se encontra no entrave de um período histórico ao qual a busca do *“método”*, como procedimento de veracidade científica, vai enfrentar um relativo, distanciamento do cartesianismo de Descartes, em função da valorização da subjetividade, entrelaçando com o advento da Psicanálise, e formulação das teses marxistas, aos quais a ideia Superestrutura está diretamente ligada em como a *“pessoa”* se comporta perante a sociedade, e que o *“grupo”*, de certa maneira, não pode estar em um imperativo, ou seja, acima do indivíduo.

Dentro desse contexto histórico, as ideias dos reflexos condicionados, estão em vigência, com os suspiros da intransigência perante qualquer tipo de oposição ao qual o Partido possa vim a sofrer.

Extenuante, pensarmos, em um caminho que não fosse tortuoso para uma divulgação da psicopedagogia como arma, para sanar as míserias e incongruências na arquitetura de um conhecimento que viesse abarcar todas as classes sociais, bem como a uma educação, que não fosse totalmente sacramentada aos manuais dos Currículos Oficiais.

Com a brutalidade dos Regimes Totalitários, os ideais de uma democracia burguesa, e de liberdade civil, entram nos principais centros de discussão intelectual de primados de estudiosos de diversificadas áreas do conhecimento, aos quais são, traçados a disseminação de um conceito de **“instituição”**, seja educacional, moral, política, que componha bases para uma dialética, que possa formar um **“novo - homem”**, contendo a tolerância perante as classes menos favorecidas e suas minorias.

Mas o que se viu, depois do fim do Nazismo e do Stalinismo, foi um elevado crescimento de governos ditatoriais espalhados pelos quatro cantos do globo, pelos quais os valores dos direitos humanos, são substituídos pelo poder das Polícias Políticas, e a encomenda de caixões para os diversificados massacres e genocídios que ocorrem no período pós-guerra, bem como depois do fim da esfera ideológica do mundo bipolar.

A psicopedagogia encontra em seu surgimento, com um terreno de fortíssimas intransigências, pelos quais a própria questão da **“Escola”**, como um local de fornecimento de informação, e práticas de formações culturais, estão sofrendo sedições, a uma destruição do seu cunho propedêutico, e se tornando mais uma arma de polímeros burocráticos destinados, a esfacular formação de novos sentimentos e prosseguimentos, de mentalidades dialéticas, no quesito de construções socioafetivas, e de comprometimento com um mundo melhor.

Jorge Visca lança um olhar para questão da “psicopedagogia”, como um quinhão para **“elabora, novas metodologias que possam contribuir para o professor, diferenciar o tempo de aprendizagem de cada um de seus alunos”** (1994), ou seja, que também o profissional que está comprometido diretamente com a atividade de ensino, não esteja dentro de contextos famigerados de destruição do seu caráter lúdico, e que não venha a conter simetrias, de outorgar, arcádias de cair dentro de reluzentes práticas ligadas a sua prática educacional, que **“incons-**

cientemente” exterminando sua capacidade neuropsicológica de uma cosmovisão diversificada de sua realidade dentro da escola.

2.3 Revalorização do trabalho de Ivan Pavlov

Ao realizar uma conexão entre condicionamento mental e teoria das massas Ivan Pavlov, e Hannah Arendt embora inconsciente coletivo tenha muita semelhança teórica e metodológica com o conceito de massa, o reflexo condicionado, embora possua simetrias com essas duas correntes de pensamento.

A partir da divulgação do seu pensamento e das contribuições do mesmo para a educação, e como isso pode subsidiar complementos, para orquestrar projeções comparativas entre a massificação de Hannah Arendt, diante as teorias psicopedagógicas, no jugo a oferecer uma educação de caráter dialético, e com estruturas a oferecerem, um pensamento subjetivista e ao mesmo tempo criativo, com capacidade de escolha, aquém do ensino burocrático e repetitivo, existentes em nosso, atual momento histórico.

3 Procedimentos metodológicos

Pesquisa bibliográfica e comparação teórica a partir da leitura de fragmentos do pensamento de Ivan Pavlov e Hannah Arendt e da psicopedagogia institucional e de seus métodos, produzindo reflexões sobre como esta ciência está sendo desenvolvida e entendida em nossa atualidade, fazendo um diâmetro analítico entre a riqueza e complexidade da escritura filosófica, como em despertar a dúvida como ponto principal para elucidar a produção de conhecimento, e de como os métodos científicos são passivos de erros, o que faz com quem a ciência seja, dentro do seu próprio espaço de ação, uma inerente atividade reflexiva, tanto aos seus resultados, como aos seus métodos.

4 Resultados e Discussões

Nesse sentido, poderíamos dizer, que diante a desvalorização do professor escolar como produtor de conhecimento, ocorre “*a auto-*

-alienação”, devido as longas jornadas de trabalho, e as mesmices de sempre confabular um mesmo vetor de didáticas, que estão em grandes parcelas fixadas, na regulação dos aparelhos burocráticos de Estado, que limitam e levam a castração de um tempo hábil ao qual possa construir suas aulas com objetivo, a trilhar esteios para uma diversificação cultural dos seus estudantes, e também ir contra ao tradicionalismo e hermetismos das “escolas”, em adotar medidas que reformulem suas diretrizes de planejamentos e ações pedagógicas que estejam no compromisso de renovação de aprendizagens, e fazer do ato de ensinar, algo que não esteja no estruturado no tecnicismo e sim que produza um efeito de constante renovação teleológica, tanto para professores como para estudantes.

Dentro de uma perspectiva psicanalítica, o professor em certa medida reproduz neuroses de uma desvalorização do princípio a uma educação emancipadora, com ideais a fazer o indivíduo detentor de sua própria história, levando a uma coletivização de colegiados estudantis, que possam se dialogarem entre si, em possuir fluxos a um conhecimento que não somente, fique unicamente restrito em processos de memorização de dados, e do tradicionalismo de perguntas e respostas.

A psicopedagogia é um contraponto, de levar para um estalar moral, de outorgar uma ação educacional contra a alienada de promoção ao ato de ensinar, contendo artimanhas intelectuais como disseminador de informação, que não provoquem reações de sintagmas na assimilação do real e do abstrato por parte de seus estudantes.

Tanto, que conflui em escalas científicas, de diferentes concepções e métodos a um aproveitamento, em se laborar um frenético diálogo, em múltiplos caminhos de assíduos teísmos, a uma plenitude de conhecimento, que possa promover tanto a formação dos hábitos, bem como a diluição de uma pedagogia que leve uma construção de conceitos psicológicos, que valorizem subjetividades banhadas pelo valor da dúvida, como ativismo de fazer uma condição mental que venha a possibilidade de ser dona do seu próprio destino.

Nessa perspectiva, em construir procedimentos conceituais e intelectuais que venham a submeterem uma estética espacial, de combater a produção de uma educação recheada de ufanismos, e que favoreça a consolidação de prelados ao fanatismo, vejamos também os que a

psicopedagogia vai contestar, um irrisório sentido de afastamento de uma Democracia, que fuja dos princípios de uma manutenção da ordem construída nos preceitos naturalistas, dão favorecimento de ideários cientificistas, que promovam o distanciamento de um caminhar moral, a novos “lastros intelectuais”, que não venham a promoverem idolatrias de funestos sentidos de destruição de comodidades, a um favorecimento do fluxo constante de lapidação do “*dasein*”.

Não por sinal, que Martin Heidegger vai colocar em seus estudos (1987) a “*importância de um aprendizado que produza os fetos a uma biologia da mente, que possa oferecer aparelhos interpretativos tanto para sua condição como ser independente, bem como fazer do próximo, um baluarte de aprendizagens de forma a ultrapassar o tempo histórico presente a sua existência*”.

Ou bem seja, oferecendo um papel de comparação aos princípios de construção científica da psicopedagogia, a concepção de Pavlov, dos reflexos condicionados, se encontra no maniqueísmo de estar concentrado ao papel “*althusseriano*” (concepção ligado ao pensador marxista francês Louis Althusser), de levar a alienação da ideologia como um fator a conservação de hegemonias de Estado, coagidas a um controle da liberdade de expressão, e muito disso de está usando da “*repetição da informação pedagógica*”, como um ápice ao controle de corpos.

A união de vieses teóricos que dizem respeito a um desígnio de mediação entre espaços públicos e privados, deixa a ideia dentro aos ditames de um Estado Ditatorial, de uma liberdade sem limites, que venha a desestruturar a ordem estatal vigente, bem como um ríspido controle, a uma geração, que possua seus gradativos caminhos de poder fazer tudo o que bem entender, não contendo limites para seus atos.

A busca de um Estado Assistencialista como elemento, para a formação de uma “*intelectualidade*”, que possa oferecer um compromisso de ética e respeito pelas minorias menos favorecidas, produz um estalo, na formação de uma premissa a uma ciência pedagógica, oferecendo, não somente o cumprimento de noções técnicas, e sim que faça os conteúdos escolares, novas diretrizes, para um preenchimento das lacunas, de uma insatisfação das instituições (*Família, Escola, Estado*), em unir diferentes falanges de comprometimentos morais e sociais na construção de uma inteligência que contenha nos valores

metafísicos e críticos, a questão de lutar contra a uma supervalorização do **“concreto”**, diante irrisórios sufixos de destruição de valorização a uma subjetividade de respeito e mutualismo, diante a deificações, as extremas angariações de disseminar o reflexo condicionado, para unicamente produzir estruturas morais que estejam nos interesses do Corporativismo de Estado, vilipendiados pela constante manipulação da realidade, outorgados por diferentes meios formadores de opiniões.

Claro que dentro as concepções ao preenchimento de uma educação que possa colocar caminhos para uma fuga do **“condicionamento, massificação e da indústria cultural”**, tirando os efeitos de captação dos sentidos dialéticos, para formação de flexibilidades na composição de ornamentar pensamentos críticos, está uma luta para o reconhecimento e valor intelectual e científico da psicopedagogia, como um eloquente cunho de facilitar, o não surgimento de extremismos, e a emulação de políticas que não respeitem os valores multiculturais, em respeitar a diferenças limitações de cada indivíduo, dentro de suas capacidades de assimilar e aprender novos conteúdos.

Vejamos que Pavlov coloca dentro dos reflexos condicionados, ocorre a facilidade do “homem em aprender”, porém também esta, auspiciado a questão do controle e na padronização da consciência intelectual, que não contenham um compromisso estático perante as ideologias vigentes, isso, todavia gera um caráter, de alienação e destruição de uma cultura **“marginal”**, não no sentido de promiscuidade, e sim em se fazer como voz atuante aos abusos cometidos pelo poder do Estado Totalitário .

A esse controle, e também higienização psicológica, que a questão dos reflexos condicionados outorga, vai surgir um caminho de teorias educacionais, focadas no termo em que cada **“um possui”**, seu momento certo para aprender, ou bem seja que busque fazer da questão de formação de opinião, um catalisador de performáticos atributos, na conservação de um **“status quo”**, legitimado, por um feroz Leviatã, contendo na exaltação dos compromissos de Estado, um suicídio moral no que concerne a construção de elementos intelectuais éticos.

Esses **“efeitos do condicionamento”**, Arendt vai esgarçar como uma **“espoliação da ralé”** (1993), como arma, para sua chegada ao poder do líder Totalitário, e que promover a fuga da filosofia de liberda-

de e tolerância, em detrimento para uma exaltação do poder, “*mito platoniano*”, de uma caverna de ignorância suprema como forma a sustentar uma historicidade nefasta, a produção de antagonismos ideológicos de controle dos prazeres, e da total submissão aos desígnios do Estado, levando um estaparfúdio, delineamento das bases democráticas de conhecimento, e de alastrar novas fontes de intelectualidades, discrepantes de opiniões e conceitos, bem como a fazer do indivíduo “*excepcional*” também como um marco de conter focos de aprendizagens intelectuais, porém respeitando suas limitações, e não expondo a mixórdias de vim a se preconizar como cobaia, de diferentes resíduos de comprometimentos informativos e ideológicos do Totalitarismo.

A um efeito de psicologias do conhecimento científico, é mais do que claro que ao transcorrer um conflito de interesses que possam promover a psicopedagogia, como fator para medidas de um alargamento de estruturas a possibilidades intelectuais que estejam comprometidas de promoção a uma entidade escolar que não contenha vaticínios de uma limpeza étnica, contando com a promulgação de elementos a destruição de um escrutínio a novos procedimentos filosóficos que valorizem a ideia, a constituição de um indivíduo contendo senilidades emocionais claras, bem a uma ética de alijar novos elementos mentais que possam coadunar em um mesmo espaço social, tanto de inteligências e moralidades, que estejam no bem-estar de todos, levando tanto a questão de um individualismo de respeitabilidade pelas diferenças, mas que também não promova um nefasto centro de promoção à concentração de classes.

A moralidade em se fazer do profissional ligado a psicopedagogia, um caminho para o distanciamento de falácias, que comprometem uma educação que não esteja dentro de seus objetivos epistemológicos orquestrados nas formalidades de regras de etiquetas, e sim leve a valorização do debate intelectual, como bem a um espírito de condição humanística, ao qual combata estruturas que venham delinear uma amortização de resquícios de políticas totalitárias, e que não produza um estribo de projetar, uma engenhosidade de diversificação dos instrumentos de entendimento da natureza humana, que possam oferecer um sentido de novas promoções para pedagogias, contendo perjúrios à valorização do “ser”, como construtor de suas próprias histórias.

Usando do conceito da historiografia holandesa de “*metablética*” (evolução histórica psicológica), a psicopedagogia, se foca a tratar do indivíduo utilizando de métodos ligados a medicina, como um valor de dizer não a discriminação de um aperfeiçoamento mental, que não tenha a valorização das habilidades específicas inerentes “*cada um*” em especial.

Por isso, seu valor como fator ideológico das ciências sociais e educacionais, sofre com a não valorização de um método próprio, como um novo sentido em produção acadêmica e científica, que realça sua importância como um veraneio fleumático, para elaboração a uma lucidez de pensamento, unindo dialéticas possibilidades para adentrada de contingentes populacionais, contendo diferenciados compromettimentos de uma saúde mental e física.

De certa forma, a luta contra os anseios pavlovianos, do reflexo condicionado, como armistício a um maciço controle social, está auferido em um caminho psicopedagógico, constituído com a ajuda, de disseminadas áreas do saber, que comprometem uma análise,, mental e espiritual de instituições e sociedades.

Em comparação com o sentido de terror organizado por Hannah Arendt, no que é relativo, a manipulação da cultura erudita, por liames a uma política que esteja fechada em si mesmo, e que promova tanto a massificação, como o condicionamento de seus indivíduos, está um niilismo organizado de combate entre a anarquia de uma sociedade que segue seus próprios princípios geridos com o conceito da autogestão, bem como a promover um ceticismo, na cartasis, de uma episterme em levar a criticidade como fator primordial de produção intelectual, mas que produza distâncias suas a uma febril exalo de fanatismo, e meta-intelectualidade, preenchidas pelo valor da intolerância e da desvalorização a um espírito que não contenham sinopses de um levar uma educação que componha as necessidades elementares das mais variadas tipologias humanas.

É uma mimesis nevrálgica dentro do contexto da história da psicopedagogia, pensar que muitas de suas bases estão comprometidas a um estamento burocrático, nefasto de conter um “*próprio*” sentimento de condicionamento, em como suas ações podem ser captadas pelos leigos, estando dentro do senso-comum nas suas bases de interpretação

e ação, alimentadas unicamente na importância do seu trabalho dentro das escolas, se esquecendo de sua importância para a qualidade de vida, e idosos e deficientes, ou até mesmo de membros de empresas privadas.

Nesse sentimento, ocorre uma nefasta oscilação, de um relativo desprezo pela sua base dialética de atuação, realizando a adentrada de profissionais, que atuem tanto na sociedade civil como na área privada.

Grande parte de sua produção intelectual, esta voltada em grande quantidade para um público especialista, não havendo um sentimento de produção de novos fronts de trabalho, voltados para a geração de dados, que possam ocasionar uma conscientização da importância desse profissional para polivalentes campos de atuação humana.

De fato, quando falamos em Pavlov, podemos também levar um senso-comum condicionado na carência de propaganda, e da importância desse intelectual como ativista, gerando novos caminhos de uma integração social, que esteja aquém dos princípios, de políticas públicas, que não venham a zelar, pela valorização dos mais necessitados.

Vale destacar que a função do psicopedagogo se encontra com eufemismo, de invadir ou contribuir, para um melhoramento de outros polos, de ramificações profissionais, que diretamente trabalhem com agrupamentos humanos diversificados, contendo dentro de seus objetos de pesquisas, tanto efeitos discriminadores, como o racismo, o bullying, e os preconceitos de gênero, classe e cor, uma aprovação e aclamação desse profissional, como um cávido, de reaver novas medidas que possam unir em torno de um mesmo espaço social, a união de culturas com características híbridas.

Um hibridismo se faz necessário, que venha se fazer combater, uma psicopedagogia, contendo sofismas de uma discriminação condicionada, tanto na desfiguração de sua atuação profissional, como em relação ao público que trabalha e que não seja fruto de mazelas de bases estatais, contendo diferentes bases de atuações, e conduza diretrizes éticas e epistemológicas, é um dilema lançado para o prosseguimento de um estudo desse campo, pois também envolve uma mudança dentro da atmosfera de levar uma transformação a assimilação de conteúdos que estejam diretamente relacionados à formação da inteligência nos campos sociopolíticos e socioafetivos,

aos quais os psicopedagogos possam atuar, e que venham propiciar uma reciclagem das ideologias existentes, em torno do seu espaço de atuação profissional.

Nesse campo, outra vez Pavlov se encontra presente, e contando com o apoio dos ideais de Hannah Arendt.

A pluralidade, de elementos científicos, que faz uma bagatela de possibilidades de atuação e formação do psicopedagogo, enfrente severas críticas acerca de suas definições, especificando ao qual esse profissional possa vim atuar.

Nádia Bossa (2003) “ênfatiza a necessidade desse profissional nas escolas como um elemento a contribuir para o Professor, em melhorar suas ações dentro da sala de aula, bem como em diagnosticar estudantes, contendo algum índice de defasagem dentro dos seus processos de ensino-aprendizagem”.

A resistência das escolas, em receber tal específico profissional, está também elencada, no anseio da não divulgação de dados que supostamente, venham a manchar o nome de tal instituição, e também provocar sanções punitivas por quebra de hierarquias e protocolos formais, que tais instituições escolares possam sofrer, pelos órgãos competentes.

Isso especificamente no Brasil, que ainda não possui uma legislação clara, de como o psicopedagogo possa atuar.

Em outros países como Argentina e França, esses entraves burocráticos são menos salientes, o que possibilita certa viabilidade na produção de um conhecimento acerca das instituições e dos ramos educacionais, bem como em outros, que o profissional da psicopedagogia possa atuar.

O condicionamento tanto moral, como interpretativo das ações da psicopedagogia, nos fatores de uma produção intelectual, contendo norteadores filosóficos, e que fuja das agruras, de uma teoria da história, que seja discrepante, a um anseio de reproduzir um psicótico caminho de desvalorização de uma atuação profissional que possa sanar os problemas de uma produção educacional crítica, faz com que a psicopedagoga internamente, lute até contra si própria pelo reconhecimento de suas importâncias advindo dos seus próprios especialistas.

Considerações Finais

A importância em se utilizar do pensamento condicionante de Ivan Pavlov coma teoria da massificação de Hannah Arendt está em propiciar para o pensamento psicopedagógico institucional, vertentes de análises para combater o surgimento de poderes educacionais e estatais que venham a minar o crescimento da ludicidade e de uma subjetividade e respeito pelo próximo.

A afetividade congênita, bem como uma importância pelo próximo, esgarça a importância em procedimentos de múltiplas áreas do saber, que juntas possam construir caminhos para uma liberdade de comedir em um mesmo espaço de ação tanto a teoria, levando a labuta de uma escola que esteja comprometida com o ser-humano e não unicamente, está delineada ao cumprimento de normas estatais, colocando em uma óptica mecanicista, o gerenciamento de informações bem como essa informação, vem a compreender desígnios de atos para um sufixo constante de embates teóricos em vista, a uma criticidade com ética e respeito pelo próximo.

De certa quando enfocamos o pensamento arendentiano, nos propusemos a um retorno aos princípios da filosofia grega, onde o questionar se torna uma arma contra a opressão, diante maledicências governamentais, caminhando para humanizações de relacionamentos humanos que não estejam por ventura em perjúrios classicistas, no semblante de outorgar um reducionismo do valor da subjetividade diante a repetição de pleitos curriculares fechadas em si mesmo, que organizem de maneira abrupta a formação de espíritos críticos diante as sórdidas a panaceias de arquitetar um letramento que seja, base para o surgimento de ritmos intelectuais focados no bem-estar do próximo.

Pavlov em seus estudos alerta para os perigos de uma educação que contenha exclusivamente caminhos para a fundamentação biológica e não leve em consideração as visões de mundo e opiniões particulares, o que leva a destruir princípios de um pensamento que seja dialético e fruto do seu tempo.

O objetivo desse trabalho foi tangenciar opiniões da psicopedagogia com a visão crítica desses dois pensadores em relação, em como trabalhar atitudes e discernimentos de ações enraizados em lapidar a formação cultural, política e filosófica das pessoas versando acerca de

falsificacionismos de uma aprendizagem que não esteja compreendida a valorizar a ludicidade e confronto de opiniões com o objetivo, a integrar antagonísticos fatores humanísticos dentro de um mesmo sentido de cunho de organizar diatribes de formações psicológicas e intelectuais.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, T. & HORKHEIMER, M. **A Indústria Cultural**. SP: Paz e Terra, 2004.
- ANDERSON, P. **Origens da Pós – Modernidade**. RJ: Jorge Zahar Editor, 2003.
- ARENDT, H. **Origens do Totalitarismo**. SP: Companhia das Letras, 1993.
- BOSSA, N. **A Psicopedagogia no Brasil**. SP: Wak, 2003.
- CASTELLS, M. **Fim do Milênio**. SP: Paz e Terra, 2000.
- DERRIDA, J. **A Gramatologia**. SP: Perspectiva, 1980
- FOUCAULT, M. **Microfísica do Poder**. SP: Graal, 2012.
- FROMM, E. **A Arte de Amar**. MG: Itatiaia, 1988.
- GARDNER, H. **A Nova Ciência da Mente**. SP: Edusp, 2000.
- GRAMSCI, A. **A Concepção Dialética de História**. RJ: Civilização Brasileira, 1978.
- HEIDEGGER, M. **O Que É Metafísica?** SP: Nova Cultural, 1987.
- LOCKE, J. **Segundo Tratado Sobre O Governo**. SP: Martin Claret, 2005.
- PAVLOV, I. **Reflexos Condicionados**. SP: Nova Cultural, 1987.
- PAVLOV, I. **Obras Escolhidas**. SP: Hemus Livraria, 1987.
- VISCA, J. **A Clínica Psicopedagógica**. São José dos Campos: Pulso Editorial. 2010.

PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: UMA DISCUSSÃO NAS LENTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DA POSTURA DO DIREITO BRASILEIRO EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS

Thaís Duarte Zappellini

Caroline Lopes Placca

INTRODUÇÃO

A questão da prisão em segunda instância apresenta-se como um tema transversal, bastante presente no debate contemporâneo, repercutindo implicações constitucionais, penais e exigindo uma reflexão sobre o posicionamento do Direito brasileiro tratando-se de Direitos Humanos. Além das sucessivas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca do assunto, atualmente, em âmbito nacional, temos dois documentos discutindo a possibilidade de prisão após a condenação em segunda instância, são eles: o Projeto de Lei nº 166 de 2018, e a Proposta de Emenda à Constituição nº 5 de 2019.

Essa temática foi também apresentada como tópico essencial do *projeto de lei anticrime*, mais conhecido como “pacote anticrime”, encabeçado pelo atual Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, o qual tornou-se a Lei (nº 13.964 de 2019), e, por fim, acabou não abordando a polêmica questão. Ademais, o assunto foi objeto de

sucessivas decisões por parte do Supremo Tribunal Federal (STF), re-manescendo em um estado de instabilidade até o momento.

O presente estudo propõe uma análise crítica, mormente, a partir do Direito Constitucional e do posicionamento do Direito pátrio em se tratando de Direitos Humanos, considerando que a prisão após condenação em segunda instância como regra no processo penal implica uma contradição no que tange o reconhecimento da inconstitucionalidade da superlotação carcerária pelo Supremo Tribunal Federal.

Partirmos das seguintes premissas argumentativas, as quais admitem que a condenação em segunda instância: (i) revela mácula à interpretação sistemática dos Direitos Humanos até então adotada pelo Direito brasileiro; (ii) apresenta violação aos princípios constitucionais do *duplo grau de jurisdição* e *in dubio pro réu*, isto é, da presunção de inocência; e (iii) gera uma situação de profunda insegurança jurídica, contribuindo para o desgaste das instituições vigentes e para a crise democrática no Brasil.

O conjunto dessas premissas, comunga uma contrariedade à ordem constitucional vigente, que engloba não apenas e simplesmente a letra da Constituição de 1988, mas o bloco de normas constitucionais como um todo, incluindo os seus princípios e regras expressos e não expressos.

De tal sorte, como objetivos específicos, pretendemos; (i) contextualizar e sistematizar de uma forma simples e clara o debate sobre a prisão de segunda instância; (ii) apresentar e fundamentar os principais argumentos vinculados a um debate de ambiguidade aparente, que cursa um caminho insustentável se conduzido por uma tentativa de justificação com fulcro nos pilares da Constituição Federal e na postura do Direito brasileiro em tema de Direitos Humanos.

Cuidamos, assim, na primeira parte deste artigo, do cenário no qual o debate é localizado, surgindo como uma questão transversal que envolve implicações constitucionais, penais e de Direitos Humanos. Na sequência, tratamos do PL nº 166/2018 e da PEC nº 5 de 2019, bem como das mudanças projetadas por esses documentos. Por fim, abordamos a relação entre a questão em tela e o posicionamento do STF sobre a superlotação carcerária.

1. CONTEXTUALIZANDO O DEBATE: A EVOLUÇÃO DO DISCURSO E POSICIONAMENTO DO STF SOBRE A PRISÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA

A violência cotidiana tornou-se fator de amedrontamento na população, que deposita uma considerável confiança no sistema de justiça criminal e conseqüentemente na prisão em particular (BURON, 2018, p. 35). Tratar da fala do Supremo Tribunal de Justiça e da hierarquia de suas decisões em nosso ordenamento jurídico, remete à reflexão sobre o seu papel, senão da própria função do poder Judiciário e da sua relação com a opinião pública.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal modificou o seu posicionamento algumas vezes com relação à execução provisória da pena após sentença penal condenatória em segunda instância. Nesse sentido, em 2016, o Plenário do STF entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP), o qual prevê, que ninguém será preso “senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado ou exarada por órgão colegiado”, não impediria o início da execução da pena após a condenação em segunda instância, de tal sorte que indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44.

Em resposta, o Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), autores das ações, pugnaram pela concessão de medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância, alegando que o julgamento do *Habeas Corpus* (HC) 126292, no qual o STF entendeu possível a execução provisória da pena, estaria gerando grande controvérsia jurisprudencial acerca do princípio constitucional da presunção de inocência. Prevaleceu, em um primeiro momento, o entendimento de que o artigo 283 do CPP não vedaria o início do cumprimento da pena após esgotadas as instâncias ordinárias.

Com a mesma temática, em 18 de abril de 2018, foi apresentada a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 54, pelo Partido Comunista do Brasil, que, com base nos artigos 1º, III, CF e no artigo

5º, LVII e LXI, discutiu a constitucionalidade do conteúdo expresso no artigo 283 do Código de Processo Penal e o seu respectivo alcance.

Em 07 de novembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal julgou conjuntamente as 3 (três) Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54, e declarou, por maioria, a procedência da ação para assentar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, determinando, então, o direcionamento seguido pelo sistema jurídico brasileiro ainda hoje.

A decisão da Corte merece destaque pois está em consonância com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e leva em consideração o conteúdo e as garantias da Lei maior nacional, conforme abordado no próximo tópico.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

2.1 O Projeto de Lei nº 166 de 2018 e a Proposta de Emenda à Constituição nº 5 de 2019

A discussão sobre o duplo grau de jurisdição continua a apresentar certa dimensão no Congresso Nacional. Hoje, o tema é abordado tanto através do projeto de Lei nº 166 de 2018, assim como através da PEC nº 5 de 2019. Esta, objetiva inserir um inciso (XVI) ao artigo 93 da Constituição Federal, para positivar a possibilidade de execução provisória da pena, após a condenação por órgão colegiado, e aquela propõe alterar o Código de Processo Penal para disciplinar a prisão após a condenação em segunda instância, especificando que a prisão por ordem escrita e fundamentada de “autoridade judiciária competente, decorrente de juízo de culpabilidade, poderá ocorrer a partir da condenação em segundo grau, em instância única ou recursal”.

As medidas criadas, pelo PL e pela PEC, atuam em contrariedade com a decisão do STF que obsta a prisão antes do trânsito e julgado da ação penal em segunda instância e estão em desacordo com o conteúdo pacificado pela jurisprudência da Corte, concretizando uma iniciativa, por parte do Legislativo, de restrição aos direitos e garantias fundamentais, sob égide do argumento de combate à impunidade. A

Constituição garante em seu artigo 1º, III como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana. Além disso, expressa em seu artigo 5º, que:

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

O artigo, cujo texto traz uma afinidade ímpar com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), falando da inviolabilidade do direito à vida e à liberdade. expressa que ninguém “será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, CF) e “preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (art. 5º, LXI, CF).

Ainda que o duplo grau de jurisdição não esteja explicitamente previsto na Constituição Federal de 1988, ou nas outras Constituições republicanas, de modo que apenas a Constituição de 1824 fez explícita menção, a expressão “Estado Democrático de Direito” introduz um componente revolucionário e transformador ao Estado tradicional, e são imanescentes ao princípio democrático alguns postulados essenciais, como a garantia dos direitos fundamentais, a valorização do indivíduo e da personalidade. Ademais, há o reconhecimento no Direito brasileiro de garantias constitucionais, em destaque, o devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da motivação das decisões judiciais, da proibição da prova ilícita, do juiz natural e da duração razoável do processo (OLIVEIRA, 2017, p. 271-273).

O art. 5º também confere aplicação imediata aos direitos e garantias fundamentais (§ 1º), estipulando que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte (§ 2º). Ainda, postula que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que “forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos,

por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (§ 3º).

Além disso, temos que considerar o teor do art. 60 da Constituição Federal, que traz em seu seio as chamadas *cláusulas pétreas*, ou seja, conteúdos normativos que não são passíveis de exclusão ou reformulação na vigência da ordem constitucional. Vale citar:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

III - § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - *os direitos e garantias individuais*.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

O STF conflui com o estipulado pelo Pacto de São José, que faz parte do bloco de constitucionalidade nacional, e considera que a garantia de duplo grau de jurisdição do diploma internacional conversa com princípios constitucionais internos, já que a Constituição Federal garante o duplo grau de forma implícita em todo seu texto.

Vale aprofundar, que o art. 8º, (2), (h), da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) assegura o duplo grau de jurisdição. O STF reconheceu, no julgamento do RE 466.343, o caráter normativo das regras do Pacto de São José da Costa Rica. Vejamos a ementa do precedente representativo resultado do julgamento do RE 466.343:

[...] diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico,

por meio do procedimento de ratificação previsto na CF/1988, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da CF/1988 sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII) não foi revogada (...), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (...). Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. (...) Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao PIDCP (art. 11) e à CADH — Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, LXVII, da CF/1988, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel. (RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, voto do Min. Gilmar Mendes, DJ. 03.12.2008)

Sendo assim, o posicionamento da Corte, em consonância com a Constituição Federal e a sua sinergia com o elementar Tratado Internacional sobre Direitos Humanos mencionado, é cediço que um caminho no sentido contrário resultaria numa inconstitucionalidade substancial.

2.2 A relação entre a superlotação carcerária e a prisão em segunda instância

Temos que o Brasil é o terceiro país do mundo com maior número encarceramento e, ainda assim, o 11º país mais inseguro do mundo (EUA, SOCIAL PROGRESS INDEX, 2017). Se pensarmos no ponto de vista de política criminal, vale considerar a questão da superlotação nas prisões no Brasil, em virtude de o próprio STF ter se posicionado, em sede de recurso extraordinário (RE 580252), com repercussão geral, submetido a situação degradante e à superlotação de estabelecimento prisional possui direito a indenização do Estado, e que tais violações à direitos fundamentais não passarão despercebidas, conforme segue:

A garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos detentos, constitui dever estatal que possui amplo lastro não apenas no ordenamento nacional (Constituição Federal, art. 5º, XLVII, “e”; XLVIII; XLIX; Lei 7.210/84 (LEP), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/97 - crime de tortura; Lei 12.874/13 – Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura), como, também, em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955). 6. Aplicação analógica do art. 126 da Lei de Execuções Penais. Remição da pena como indenização. Impossibilidade. A reparação dos danos deve ocorrer em pecúnia, não em redução da pena. Maioria. 7. Fixada a tese: “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento. (RE 580252, Relator, Min. Alexandre de Moraes, DJ 16.02.17)

O Estado brasileiro, no plano internacional tem retificado importantes tratados que dissertam sobre a garantia dos direitos humanos, assumindo uma posição veementemente contrária à tortura, a penas cruéis, desumanas e degradantes. Apesar no compromisso assumido pelo Brasil, o sistema prisional do país não reflete essas garantias, motivo, pelo qual, o Estado brasileiro, em 2011, foi denunciado à Comissão

Interamericana de Direitos Humanos, pelas graves violações de direitos humanos cometidas no Complexo Penitenciário de Curado, no estado de Pernambuco. Diante da gravidade do reportado e das medidas tomadas pelo Estado brasileiro serem classificadas como insuficientes, a denúncia foi levada à Corte.

Esse é apenas um dos casos que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem acompanhado emitindo resoluções sobre as medidas provisórias que devem ser efetivadas pelo Estado Brasileiro. Dentre casos que envolvem o sistema penitenciário brasileiro, podemos citar o Complexo penitenciário de Pedrinhas, estabelecimento localizado na cidade de São Luís, Estado do Maranhão, o Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, localizado no complexo Penitenciária Gericinó, na cidade do Rio de Janeiro. As denúncias vinculadas a este caso incluem sérias violações de direitos humanos, como casos de torturas e superlotação das prisões.

Nesse âmbito, insta trazer à baila, que segundo os dados gerais do Levantamento de Informações Penitenciárias de Junho de 2016, havia 726.712 pessoas privadas de liberdade no Brasil, as quais se encontravam distribuídas entre carceragens de delegacias, contabilizando 36.765 pessoas, e em estabelecimentos do sistema prisional em um total de 689.947 pessoas.

Em relação a esse ponto, é válido mencionar que nas unidades do sistema prisional, a partir do Levantamento do INFOPEN Mulheres, constatou-se a existência de 41.087 mulheres privadas de liberdade nos estabelecimentos penais do sistema prisional estadual. Isto para dizer que o Brasil está entre os 5 (cinco) países do mundo com a maior população carcerária e maior população carcerária feminina em nível global.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) mediante a primeira etapa de implantação do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0) contabilizou, no balanço relacionado ao Cadastro Nacional de Presos em 2018, o cadastramento individual de 602 mil presos. Foram aferidos então os dados de 262.983 pessoas condenadas ao regime fechado; 85.681 brasileiros cumprindo pena em regime semiaberto e 6.078 no regime aberto, sobretudo em instituições conhecidas como casas do albergado.

Quanto à faixa etária, cabe notar que, também de acordo com o INFOPEN, mais da metade dos presos brasileiros tem até 29 anos de

idade, de modo que 30,5% tem entre 18 e 24 anos de idade. Nesse viés, a segunda faixa etária mais significativa, de 23,39%, do sistema é a de 25 a 29 anos de idade. No que tange ao tempo médio de prisão sem condenação de primeiro grau, tem-se 171.873 presos a menos de 180 dias e 69.217 presos a mais de 180 dias.

A análise dos dados remete à constatação lógica de que o Brasil está entre os países com maior população carcerária do mundo, o que contraditório se faz, já que aparece entre os países mais inseguros também. Cabe ainda, nesse sentido, refletir acerca das decisões do Supremo Tribunal Federal como normas integrantes do bloco de constitucionalidade e fontes legítimas do Direito, dada a sua posição sobre a superlotação carcerária e os últimos eventos vinculados ao debate sobre a prisão em segunda instância.

O Direito pátrio vem, cada vez mais, tendendo a esse posicionamento de que as decisões Supremo são parte da nossa Constituição, havendo divergências nesse aspecto. Contudo, a problemática em tela releva uma instabilidade que penetra, de um lado, a segurança jurídica e, de outro, a capacidade do Estado de implementar direitos e garantias fundamentais, gerando insatisfação desconfiança popular. Ainda assim, e mediante todos os argumentos apresentados, é possível visualizar na consulta pública da Página “cidadania” do Senado Federal que, até o momento (abril de 2020), 23.556 pessoas se manifestaram a favor da PEC 5/2019 e 2.070 se manifestaram contra.

A compreensão desses fatores certamente exigiria, sem dúvida, um estudo mais aprofundado a partir da política de criminal, conto, vale ressaltar que viemos apresentando nos últimos anos, um cenário preocupante no que refere à criminalidade e ao encarceramento. Instabilidade e Insegurança. Vemos que, apesar de nossa Constituição ser considerada rígida quanto à sua modificação, os aspectos trazidos fazendo-nos repesar sobre a sua solidez nos dias atuais, não apenas do ponto de vista formal, mas também material.

CONCLUSÃO

Tanto o Projeto de Lei nº 166 de 2018, como a Proposta de Emenda à Constituição nº 5 de 2019, buscam emplacar a execução

provisória da condenação criminal após julgamento em segunda instância. Ainda, até os dias presentes, mais especificamente em 07 de novembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria, a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Este movimento de instabilidade representa um sintoma da re-troalimentação da crise democrática que viemos enfrentando, de forma não isolada face à situação ao redor do globo. Esse processo, que coloca à prova conceitos como *cidadania* e *Constituição* carrega a antiga dicotomia presente no binômio (in)satisfação popular e legitimidade da tomada de decisões emanados dos poderes ou funções do Estado.

A prisão em segunda instância como vimos, fere não somente os ditames trazidos pelo Pacto de São José da Costa Rica, mas também os compromissos que o Brasil vem renovando ao longo das últimas décadas. Um olhar atento ao núcleo duro da Constituição de 1988 transparece uma profunda dificuldade em justificar a questão no escopo na nossa Lei maior e da postura reitera, ao menos até então do Direito pátrio quando se trata de Direitos Humanos.

O desgaste de um ambiente de arraigada insegurança jurídica, contribui para o descrédito institucional e fragiliza a posição do país frente à ordem internacional, fazendo-nos questionar a eficácia de se defender a medida (prisão em segunda instância) no enfrentamento ao crime e as consequências desse posicionamento frente à contraditória situação da população carcerária do país.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Banco Nacional de Monitoramento de Prisões 2.0: Cadastro Nacional de Presos*, Brasília, 2018, 97 p. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>>. Acesso: 26.02.19.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais*. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos->

-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>.
Acesso:26.02.19.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Atualização junho 2016*. Distrito Federal, 2016, 64 p. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso: 26.02.19.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres*. Distrito Federal, 2017, 78 p. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso: 26.02.19.

BRASIL. Senado Federal. *Ecidadania*. Consulta Pública PEC 5/2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizaomateria?id=135253>>. Acesso em: 03 abr. 2020.

BURON, Javier Nistal. *La Cárcel del futuro y el futuro de la Cárcel: Proyecciones en el tiempo como sanción y como institución*. Brocé: Editorial Académica Española, 2018.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. BNMP 2.0 revela o perfil da população carcerária brasileira. *Agência CNJ de Notícias*, 9 ago. 2018. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87316-bnmp-2-0-revela-o-perfil-da-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso: 26.02.19.

OLIVEIRA, Bruno Queiroz. *O duplo grau de jurisdição na ação penal 470/MG: considerações à luz do Controle de Convencionalidade*. Direito em Debate. Revista do Departamento de Ciências Sociais da UNIJUÍ. Ano XXVI, n. 47, p. 267-288, jan.-jun. 2017. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadi-reitoemdebate/article/view/5771/5457>>. Acesso: 26.02.19.

VIOLAÇÃO DO DIREITO DOS ANIMAIS: DOS MAUS TRATOS À PROTEÇÃO PELA LEGISLAÇÃO

Izabela Magalhães Cabral

Patrícia Fortes Attademo Ferreira

Introdução

Desde os primórdios da civilização, até os dias atuais, discute-se sobre o papel do animal, em relação ao meio ambiente; se possuem direitos ou se são protegidos por eles (ROCHA; ROSA, 2018). O homem sempre procurou estabelecer uma relação de domínio com os animais, utilizando-os para as mais diversas finalidades, tais como alimentação, vestuário, entretenimento e experimentação científica (MÓL; VENANCIO, 2015). Essa forte influência social e cultural colaborou para que o mundo adotasse uma posição antropocêntrica, colocando o homem como centro do universo, e é por esse motivo que a evolução social dos direitos sempre foi em prol da humanidade, deixando os animais e o meio ambiente em segundo plano (BIZARELLO, 2019).

Percebe-se que os direitos e normas tendem ao bem-estar e à sobrevivência dos seres humanos, sempre considerando os interesses dos animais não humanos como algo secundário ou sem importância (ROCHA; ROSA, 2018; VIEIRA *et al.* 2012). Os animais por serem irracionais foram tratados como seres inferiores aos seres humanos, esse argumento por muito tempo serviu como embasamento para várias

atrocidades cometidas contra os mesmos. Contudo, apesar da noção de que os animais são seres sencientes, eles continuaram sofrendo diante da ação humana, que por meio de um pensamento antropocentrismo justifica suas ações ante os seres animais irracionais (BIZARELLO, 2019). Para alguns, sequer os animais são sencientes, logo, não sentem dor, prazer, angústia, como os seres humanos. Desconsideram qualquer argumento em prol de uma entidade moral aos animais, criticando toda e qualquer defesa nesse sentido (FIORILLO, 2012). Para outros, simplesmente os animais, assim como as plantas, são bens, objetos a incidir a ação humana. Portanto, para essa corrente, os “animais e vegetais não são sujeitos de direitos, porquanto a proteção do meio ambiente existe para favorecer a própria pessoa humana e somente por via reflexa para proteger as demais espécies” (VIEIRA *et al.* 2012)

Diante dos fatos abordados sobre a hierarquia humana perante os animais, o presente trabalho tem por objetivo apresentar as principais correntes protetoras ao direito dos animais, desenvolvido em três capítulos:

No primeiro capítulo, discorre-se sobre aspectos relacionados à “Evolução histórica de maus tratos animais”. O segundo capítulo aborda o “Direito dos animais na legislação brasileira”. Na sequência, no terceiro capítulo, é pautado sobre os “Desafios e perspectivas do direito perante a proteção aos animais”.

A metodologia, aplicada no presente trabalho, foi baseada em pesquisa bibliográfica, a qual auxiliou na definição e resolução de problemas, permitindo explorar novas conclusões, de forma a aprofundar o conhecimento da realidade em que vivem os animais. Por fim, essa pesquisa busca explicar a percepção sobre os direitos animais e suas formas de vida, os quais são de grande responsabilidade do ser humano, como detentor e criador de direitos.

Capítulo I. Evolução histórica de maus tratos animais

Maus tratos podem ser entendidos como o ato de submeter alguém ao tratamento cruel, a trabalho forçado e/ou à privação de alimentos ou cuidados, conceito este que, quando referente aos animais, pode ser tido de forma mais ampla, uma vez que outras práticas cruéis

se encaixam nele perfeitamente. Além disso, os maus tratos são realizados “pelos mais variados tipos de pessoas e os motivos envolvem aspectos culturais, sociais e psicológicos, sendo muitas vezes praticado sem a consciência de que tal ato é prejudicial” (DELABARY, 2012).

Há séculos que o homem, seja em função de seus interesses financeiros, comerciais, lúdicos ou gastronômicos, egoísmo ou sadismo, regozijar-se em perseguir, prender, torturar e matar as outras espécies. O testemunho da história mostra que a nossa relação com os animais tem sido marcada pela ganância, pelo fanatismo, pela superstição, pela ignorância e ainda pela total indiferença perante o destino das criaturas reprimidas (LEVAI, 2006).

Durante a evolução humana, o uso indiscriminado dos animais, sempre utilizados para diversos fins, fez com que estes virassem vítimas (DELABARY, 2012). Os animais tornaram-se, ao longo dos anos, vítimas silenciosas da violência praticada pelos seres humanos, que lhes conferem sofrimento desnecessário, através de maus-tratos, abate indiscriminado, exploração do trabalho, utilização dos produtos de origem animal e uso em experimentos de caráter científico em laboratórios (XAVIER, 2013).

É possível identificar diversas práticas abusivas contra os animais dentro da cultura de alguns povos, como por exemplo, a secular touxada espanhola e os rituais de matança coletiva de carneiros nas festividades muçulmanas transformam martírio em tradição (LEVAI, 2006). A festividade de cultura gaúcha, que constituem atos cruéis e desnecessários utilizados apenas para o entretenimento das pessoas, com a prática de marcação e castração do gado, em que os animais são laçados e derrubados com o uso da força bruta (DELABARY, 2012). Outro exemplo é a prática dos rodeios, eventos que tem por objetivo recompensar o participante que se mantiver mais tempo em cima de cavalos ou touros. Os cavalos e touros apresentados nos rodeios parecem ser furiosos e indômitos por natureza, no entanto, são animais pacíficos e normalmente encontram-se no estágio final de sua vida, sendo submetidos à dor intensa para que pareçam naturalmente furiosos (SOUZA, 2008).

Outra prática abusiva trata-se do tráfico de animais silvestres, sendo este o terceiro maior comércio ilegal do mundo, perdendo apenas

para o tráfico de drogas e de armas (FERREIRA; GLOCK, 2004). Os animais, além de serem transportados em pequenos espaços, sem água e sem alimento, também têm seus olhos furados, as asas amarradas, as garras e os dentes arrancados e os ossos quebrados, para facilitar o transporte, no processo muitos acabam morrendo antes de chegar ao destino (ROCHA *et al.* 2006).

Rousseau (2008) também faz uma crítica em relação ao uso de animais em experimentos, afirmando que, “desprovidos de razão, os animais realmente não podem reconhecer a lei natural, mas, unidos que estão de alguma forma, à natureza humana pela sensibilidade de que são dotados, é de se entender que também devam participar do direito natural e o homem estaria obrigado, para com eles ter certas condições e deveres. Argumenta, ainda, que se a lei natural obriga a não fazer nenhum mal ao semelhante é menos porque ele é um ser racional do que porque é um ser sensível, qualidade que, sendo comum ao animal e ao homem, deve ao menos dar a um o direito de não ser maltratado inutilmente pelo outro”.

Devido a esse comportamento antropocentrista, os animais ficam totalmente indefesos perante o homem, precisando deste para que possa ser preservado e cuidado. Pesquisas científicas, realizadas em animais, demonstraram em seus resultados o que muito se negava nos séculos passados: “os animais não só apresentam estímulos à dor, como também apresentam sentimentos, sendo observado ainda que alguns animais apresentam um elevado nível de inteligência”. Assim, há, atualmente, estudos que comprovam a capacidade de pensar e de se comunicar entre si, em certos animais, (XAVIER, 2013). Ademais, não restam dúvidas de sua diferenciação com os objetos inanimados e plantas, pois são seres sencientes, cientes do mundo que habitam, tendo interesse em sua vida, integridade física e liberdade (SILVA; VIEIRA, 2014). O direito e a sociedade não podem ficar indiferentes à situação dos animais não humanos, simplesmente por não serem humanos, desconsiderando por completo suas particularidades e singularidades (VIEIRA *et al.* 2012).

Segundo Levai (1998), “os animais são seres vivos e não apenas bens materiais, merecendo, portanto, tratamento condigno. Maus-tratos não são praticados apenas por meio da ação do agente, mas também através de uma omissão, trazendo como exemplo a não alimentação de um animal sob seus cuidados, levando-o, assim, à morte”.

Reconhecer que toda criatura tem direito à vida significa, acima de tudo, uma questão de justiça (LEVAI, 2006).

Com isso, faz-se necessário “cortar o mal pela raiz”, ter ciência de que os animais são seres indefesos e que precisam de proteção e cuidados. Infelizmente o passado histórico de uso de animais silvestres para caça esportiva ou uso farmacológico, ou animais domésticos usados para criação e subsistência, fez com que os animais ainda fossem vistos como seres inferiores aos seres humanos. Os aspectos culturais e sociais ainda são fatores que influenciam nos dias de hoje, como o consumo de animais silvestres na Amazônia, seja por subsistência ou pelo livre comércio, mesmo que ilegal e ainda que muitas dessas espécies estejam em perigo de extinção ou vulneráveis a esta prática. Portanto, faz-se urgência que o homem sirva de protetor dos direitos animais, bem como o criador de seus direitos.

Capítulo II. Direito dos animais na legislação brasileira

O primeiro passo para emergir o pensamento sobre o direito dos animais, partiu de uma declaração realizada pela UNESCO (1978), onde foi citado que “o respeito dos homens pelos animais está ligado ao respeito dos homens em seu semelhante.” Essa declaração foi precursora para a criação de mecanismos de proteção aos animais na legislação brasileira e de muitos países, contribuindo para a conscientização de parte da sociedade.

Em 1866, em São Paulo, surgiu a primeira legislação que realmente tinha o intuito de proteger os animais. Essa legislação determinava uma multa a todo condutor de carroça ou cocheiro que maltratasse o animal, mesmo com essas determinações, a defesa animal só foi ser sistematizada por volta de 1934 com a promulgação de alguns Decretos (CAMPELO, 2017).

Entre os Decretos promulgados, destacamos o Decreto 24.645, do Governo Vargas, que estabelece proteção tanto na esfera civil como penal e, mais ainda, determina que o Ministério Público deve representar, como substituto legal, os animais (CAMPELO, 2017). Além disso, o mesmo decreto (Decreto 24.645) definiu quais condutas eram consideradas como maus tratos no artigo 3º, sendo nele citadas as práticas consideradas nocivas à vida animal, devendo o indivíduo ser responsabilizado caso as pratique (CAMPELO, 2017). Essa definição foi de suma importância, pois tal decreto é parâmetro para determinação de maus tratos contra animais até os dias atuais (LOURENÇO, 2008). Como exemplo a Lei nº 9605 de 1998, que regulamenta os Crimes Ambientais, por exemplo, determina pena de três meses a um ano e multa para quem praticar maus tratos contra animais, assim como para aquele que “realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos” (art. 32).

O interessante da Lei 9.605/98 é a sua não diferenciação entre os animais, tratando a fauna como um todo igualmente, não fazendo com que a proteção se restrinja apenas aos animais silvestres, ou tampouco aos animais domésticos. Foi dessa forma que a legislação brasileira foi sendo construída, avançando de pouco em pouco na busca da defesa animal. Entretanto, ainda há muito que se fazer, apesar de existirem dispositivos capazes de livrar os animais não-humanos de diversas práticas cruéis, isto não é suficiente, não sendo correto aceitar a inferioridade destes perante o humano (CAMPELO, 2017).

Segundo Lacerda (2012), “os animais não possuem personalidade jurídica e para a grande maioria dos civilistas, eles entram na categoria de coisas. O nosso Direito os define como bens móveis (na subcategoria dos “suscetíveis de movimento próprio”). O Art. 82 do Código Civil - Lei 10406/02 cita que: São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio ou de remoção por força alheia (...). Por isso, os animais podem ser vendidos, locados, trocados etc”.

Dessa forma, é preciso desconstruir a categoria “coisa” imposta aos animais e criada pelo dogma antropocêntrico que está enraizado no

ordenamento, e então permitir que estes gozem de proteções básicas (CAMPELO, 2017).

Para Pocar (2013), “ainda que exista um conflito de opiniões acerca do reconhecimento de direitos aos animais, a legislação referente aos animais está se desenvolvendo de maneira favorável ao reconhecimento e deveres legais dos seres humanos em relação aos animais e, em geral, ao reconhecimento de um status jurídico mínimo para eles”.

Os animais são seres comprovadamente, conscientes, sencientes e indefesos perante o ser humano. Baseado nesse entendimento e na legislação em vigor no Brasil resta que o Estado proteja os seus interesses, dando-lhes um mínimo de dignidade (LAMAS, 2017).

Assim, é de grande importância a criação de ferramentas na legislação brasileira que possam proteger os animais, fazendo com a sociedade seja consciente dos direitos animais e, principalmente, seja sensibilizada a atuar juntamente com o poder público e privado em tais direitos. Faz-se obrigação que a legislação atual e futura preste serviços perante as causas animais, tanto na esfera civil como penal. Ainda, que exista respeito e obediência na regulamentação que regulamenta os Crimes Ambientais, não apenas pela prática e evite assim alguma penalidade de direito, mas nas atitudes plenas em favor dos animais.

Capítulo III. Desafios e perspectivas do direito perante a proteção aos animais

O assunto da proteção animal só ganhou status constitucional na última Constituição, de 1988, no seu artigo 225, parágrafo 1º, inciso VII. Esse dispositivo proíbe a prática de atos que possam causar extinção ou maus tratos aos animais. Quanto a isso, há quem concorde ser uma grande evolução, em contrapartida outros ainda criticam visto que o dispositivo continua a ter um cunho antropocêntrico, protegendo os animais apenas com o intuito de garantir o direito fundamental do homem de ter um ambiente ecologicamente equilibrado (CAMPELO, 2017).

Os animais são tidos como meros objetos, passíveis de apropriação e comércio pelos seres humanos, tendo importância quando possuírem valor econômico. Dessa maneira, sua regulação jurídica é indireta, sempre em benefício do homem, seu proprietário (SILVA; VIEIRA, 2014). Para a corrente do “bem-estarismo”, os animais, apesar de serem considerados como coisas, propriedade dos humanos, devem ser protegidos de qualquer tratamento cruel, desumano ou degradante (LAMAS, 2017). O objetivo desta corrente é libertar os animais da condição de escravo, de propriedade, de objeto e de submissão ao desejo e vontade do homem. É uma corrente ousada, pois para os seus seguidores não basta “minimizar o sofrimento”, é preciso “oferecer e assegurar justiça” para todos os animais, abolindo o poder do animal humano sobre os animais não humanos, acabar com o instituto da propriedade dada ao homem em virtude de uma superioridade baseada em fatores biológicos e por fim, garantir aos animais direitos de autonomia prática, direitos de não ser morto, aprisionado, expropriado e forçados a viver de forma não apropriada a sua espécie (GOMES, 2010).

Em grandes países como Inglaterra e Estados Unidos existe uma área do direito específica para os animais, chamada de direito animal, infelizmente o Brasil ainda não possui essa área, haja vista que suas normas se enquadram na área de direito ambiental. Países mais desenvolvidos como Suíça, França, Austrália e Alemanha também concederam direitos aos animais não humanos (SOUZA, 2020). Isso deve-se ao fato de o Brasil adotar o sistema do Civil Law, que acredita na ideia de que tudo deve-se basear na lei, sendo a fonte mais importante do direito. Já países adeptos ao Common Law, baseiam-se na premissa de que a lei não precisa ser o centro de tudo, mas podem valer-se de outras interpretações, como por exemplo, os costumes e a jurisprudência (CAMPOS, 2017).

As dificuldades na proteção aos animais não humanos parecem intermináveis. Além de serem considerados objetos do direito, suas poucas garantias legais padecem de efetividade judicial, justamente pela dificuldade de acesso à Justiça (SILVA; VIEIRA, 2014). Nessa ordem, a regra é a impossibilidade jurídica de o animal não humano ingressar como autor em uma demanda judicial a fim de pleitear direitos reconhecidos legalmente (SILVA; VIEIRA, 2014). No direito brasileiro,

para ser autor ou réu em uma ação são necessários os requisitos do interesse e da legitimidade, na forma do artigo 3º, do Código de Processo Civil. Para ter capacidade de estar em juízo, entende a lei processual, em seu artigo 7º, ser necessário a pessoa estar “no exercício dos seus direitos” (BRASIL, 1973). Logo, a capacidade processual é nada mais que ter condição e/ou aptidão de integrar uma relação processual, ou seja, ser capaz civilmente para compor uma lide (FERREIRA, 2011).

A defesa dos animais requer um novo modo de visualizá-los na legislação nacional, registrando-os como sujeitos de direito, mas seguramente a conquista ao respeito a vida, a sua dor, a sua liberdade não se constituirá pura e simplesmente com a edição de novas leis, muito embora sejam necessárias (SARLET; FENSTERSEIFER, 2008). Nada nesse plano se alcançara sem a conscientização, exigindo-se uma luta ardorosa pela consagração e reconhecimento destes com um novo status jurídico (SILVA; VIEIRA, 2014). São os animais não humanos novos sujeitos de direito, reconhecimento que especificamente redundará na conservação de todas as espécies em prol de um mundo mais íntegro e sustentável, onde a cooperação será um marco ideal, sustento de uma nova forma de vida e da construção de um mundo de comunhão e paz (FERREIRA, 2011).

Para a devida proteção aos animais é necessário o avanço constitucional, com a adequação normativa da verdadeira condição desses seres. Ao serem defendidos como meros objetos de propriedade do homem, a proibição de práticas de atos cruéis esbarrará no princípio constitucional da propriedade, cabendo ao seu “responsável” estabelecer o destino dessas criaturas (FERREIRA, 2011). Contudo, tais previsões não bastam para a efetiva defesa desses últimos, pois enquanto continuarem a ser considerados patrimônio humano, seus interesses concorrerão com os dos homens e, nesse caso, permanecerão em segundo plano (SILVA; VIEIRA, 2014).

Neste sentido, ainda há muito o que evoluir perante os desafios diante dos direitos perante a proteção aos animais, onde é dever de todos que aja proteção e que estes sejam vistos como seres homogêneos e pertencentes ao mesmo mundo em que o animal ser humano, desfazendo o rótulo de que os animais não-humanos são apenas objetos, percussores de fundos de comércio pelos seres humanos e símbolos de

uso econômico. É direito fundamental do homem de ter um ambiente ecologicamente equilibrado, mas é dever do próprio homem zelar por este ambiente e isto inclui o bem-estar animal, sendo guiado pela legislação vigente e de acordo com cada situação imposta, sempre buscando avanço na justiça brasileira, com alicerce da Constituição de 1988, com a adequação normativa da verdadeira condição desses seres.

Conclusão

A partir desta breve análise, foi possível perceber que os direitos animais e suas formas de vida são de grande responsabilidade de uma sociedade como um todo, das diretrizes da jurisprudência, ao comportamento da sociedade civil e do ser humano, partindo do princípio que este não é apenas o protetor dos animais, mas também criador de direitos. A evolução histórica de maus tratos animais mostra o quanto hoje o Direito já avançou na proteção animal e o quanto grande parte da população mundial já vem tomando consciência acerca do assunto. A legislação brasileira muda a todo instante e com isso a proteção aos animais, tanto domésticos como silvestres, se torna mais presente e eficiente no cotidiano, minimizando as lacunas que já existiram antes.

Porém, observa-se que a aceitação de direitos aos animais é algo que ainda divide opiniões no Brasil. Entre as opiniões temos aquele que apresentam uma visão biocêntrica do direito e considera os animais como seres sensíveis e capazes de sentir dor, logo dotados de direitos, e há aqueles que têm uma visão antropocêntrica e recorrem à legislação vigente para conferir-lhes um tratamento de bem, classificando-os como inferior. Apesar de legislação brasileira ser fundamentalmente antropocêntrica, e não idealizar os animais como sujeitos de direito, ela contém dispositivos capazes de tutelar de maneira eficiente, pelo menos alguns direitos dos animais, livrando-os de maus tratos e sofrimentos desnecessários.

É imprescindível reconhecer aos animais valores básicos e intrínsecos que nascem não em decorrência de uma capacidade racional, e sim senciente. Logo, a noção legislativa atual que reconhece os animais como objetos precisa ser substituída por um posicionamento que admita uma titularidade de direitos. Contudo, é preciso lembrar que

o assunto dos direitos dos animais ainda é algo recente, por isso, gera bastante resistência em alguns indivíduos. Para ter sucesso na proteção dos animais frente às diversas e contestáveis relações com os seres humanos, precisa se inovar, rever conceitos e pré-conceitos tradicionais, alterando substancialmente a legislação civil e criminal.

Referências Bibliográficas

ABILIO, J. R. (2015). **Os Direitos Fundamentais dos Animais não Humanos: O Ultrapassar Fronteiras da Constituição para Além da Coexistência à Convivência Moral e Ética dos Seres Sencientes**. Revista Eletrônica do Direito, n. 1, 1^o Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito. 440-461.

BIZARELLO, N. (2019). **Animais: seres dignos de direitos**. Monografia. UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. 42 p.

BRASIL. (1973). **Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 janeiro 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em 26 de março de 2020.

CAMPELO, L. M. D. S. (2017). **Direito dos Animais: Análise sobre o status jurídico dos não-homens no direito brasileiro**. Monografia. Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). 93 p.

CAMPOS, F. T. (2017). **Sistemas de Common Law e de Civil Law: conceitos, diferenças e aplicações**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/62799/sistemas-de-common-law-e-de-civil-law-conceitos-diferencas-e-aplicacoes>>. Acesso em 25 de março de 2020.

DELABARY, B. F. (2012). **Aspectos que influenciam os maus tratos contra animais no meio urbano**. Revista Eletrônica em Gestão, Santa Maria, v.5, n.5. 835-840.

- FERREIRA, C. M. E L. & GLOCK. (2004) **Diagnóstico preliminar sobre a avifauna traficada no Rio Grande do Sul, Brasil**. *Biociências*. 12: 21-30.
- FERREIRA, A. C. B; (2011). **Animais não humanos como sujeitos de direito: considerações processuais**. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v.6, n.9. 305-351.
- FIORILLO, C. A. P. (2012). **Curso de direito ambiental brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 280 p.
- GOMES, D. (2010). **A legislação brasileira e a proteção aos animais**. Disponível em <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5595/A-legislacao-brasileira-e-a-protecao-aos-animais>. Acesso em 25 de março de 2020.
- LACERDA, B. A. (2012). **Pessoa, dignidade e justiça: a questão dos direitos dos animais**. *Ética e Filosofia Política*. v. 15. 38-55.
- LAMAS L. P. A. (2017). **A legislação brasileira e a proteção atribuída aos animais** – *Revista Âmbito Jurídico* nº 165 – Ano XX. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/a-legislacao-brasileira-e-a-protecao-atribuida-aos-animais/> acesso em 25 de março de 2020.
- LOURENÇO, D. B. (2008). **Direito dos Animais: Fundamentação e Novas Perspectivas**. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio. Fabris Editor. 154-155.
- LEVAI, L. F. (1998). **Direito dos animais: o direito deles e o nosso direito sobre eles**. Campos do Jordão: Mantiqueira. 120 p.
- LEVAI, L. F. (2006). **Crueldade Consentida: crítica à razão antropocêntrica**. *Direito Animal*. 171-190.
- MÓL, S.; VENANCIO, R. (2015). **A proteção jurídica dos animais no Brasil: uma breve história**. Editora FGV. 142 p.
- POCAR, V. (2013). **De los sujetos no humanos como sujetos de derecho hacia los animales no humanos como titulares de derechos**. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc. 18 p.

- ROCHA, M. S. P.; CAVALCANTI, P. C. M.; SOUSA, R. L.; ALVES, R. R. N. (2006). **Aspectos da comercialização ilegal de aves nas feiras livres de Campina Grande, Paraíba, Brasil**. Revista de Biologia e Ciências da Terra, Campina Grande, v. 6, n. 2. 204-221.
- ROCHA, F. I. F.; ROSA, M. A. (2018). **Estudo histórico-comparado dos direitos dos animais**. Revista Jurídica, 22(21). 133-148.
- ROUSSEAU, J. J. (2008). **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. L&PM. 176 p.
- SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. (2008). **Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral**. In: MOLINARO, C. A. A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária. Editora Forum. Belo Horizonte: Fórum. 175-205
- SILVA, C. H.; VIEIRA, T. R. (2014). **Tutela Jurídica dos Animais não Humanos no Brasil**. Revista Jurídica Cesumar. 14(2). 21 p.
- SOUSA, A. K. S. (2020). **Direito dos animais não humanos: necessidade de criação de leis severas contra maus tratos**. Revista Âmbito Jurídico nº 194 – Ano XX. Disponível em https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/direito-dos-animais-nao-humanos-necessidade-de-criacao-de-leis-severas-contramaus-tratos/#_ftn1 acesso em 25 de março de 2020.
- SOUZA, G. C. (2008). **Os rodeios e a Lei 10519/02: retrocesso social e desconformidade com a Constituição Federal de 1988**. In: Congresso Mundial de Bioética e Direito Animal, Anais. Salvador.
- UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e Cultura. (1978). **Declaração universal dos direitos dos animais**. 2 p.

VIEIRA, T. R.; NOCERA, R. P.; SILVA, C. H. (2012). **Animais não humanos: responsabilidade de todos**. In: Brauner, M. C. C. (Org.). Ética ambiental e bioética: proteção jurídica da biodiversidade. Caxias do Sul: Educs. 61-79.

XAVIER, C. (2013). **Direitos dos animais no século XXI: Uma abordagem ambiental, filosófica e jurídicas das questões que envolvem os direitos dos animais**. RIDB (ISSN 2182-7567), nº 13, 16001-16028, Ano 2. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_13_16001_16028.pdf>. Acesso em: 20 de março de 2020.

**DIREITO: PASSADO, PRESENTE E FUTURO
(VOL. 1)**

Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo,
Sandra Vidal Nogueira, Samara Taiana de Lima Silva e
Walkyria Chagas da Silva Santos (orgs.)

Tipografias utilizadas:
Família Museo Sans (títulos e subtítulos)
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m²
Impresso na gráfica Trio Studio
Agosto de 2020