

DIREITO 10:

DESAFIOS À EFETIVAÇÃO DO DIREITO

ORGANIZADORES

Haide Maria Hupffer | André Rafael Weyermüller | Daniel Sica da Cunha

ISBN

978-85-7717-206-1



Associação Pró-Ensino Superior em Novo Hamburgo - ASPEUR
Universidade Feevale

DIREITO 10:

DESAFIOS À EFETIVAÇÃO DO DIREITO

ORGANIZADORES

Haide Maria Hupffer
André Rafael Weyermüller
Daniel Sica da Cunha



Novo Hamburgo - Rio Grande do Sul - Brasil

2017

EXPEDIENTE

PRESIDENTE DA ASPEUR

Luiz Ricardo Bohrer

REITORA DA UNIVERSIDADE FEEVALE

Inajara Vargas Ramos

PRÓ-REITOR DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E EXTENSÃO

João Alcione Sganderla Figueiredo

PRÓ-REITOR DE ADMINISTRAÇÃO

Alexandre Zeni

PRÓ-REITOR DE INOVAÇÃO

Cleber Cristiano Prodanov

PRÓ-REITORA DE ENSINO

Cristina Ennes da Silva

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Cristina Ennes da Silva

Joelma Rejane Maino

EDITORA FEEVALE

Graziele Borguetto Souza

Adriana Christ Kuczynski

Vinicius Boff Flores

EQUIPE DE APOIO E REVISÃO

Mestrando Pedro Ernesto Neubarth Jung

Mestrando Maicon Artmann

Acad. Maria Eduarda Lima da Rosa

PROJETO GRÁFICO E EDITORAÇÃO ELETRÔNICA

Adriana Christ Kuczynski e Graziele Borguetto Souza

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

Universidade Feevale, RS, Brasil

Bibliotecária responsável: Tatiane de Oliveira Bourscheidt – CRB 10/2012

Direito 10 [recurso eletrônico] : desafios à efetivação do direito / organizadores Haide Maria Hupffer, André Rafael Weyermüller, Daniel Sica da Cunha – Novo Hamburgo: Feevale, 2017.

Dados eletrônicos (1 arquivo : 5,3 megabytes).

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader.

Modo de acesso: <www.feevale.br/editora>

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-7717-206-1

1. Direito. 2. Universidade Feevale - Produção acadêmica. I. Hupffer, Haide Maria. II. Weyermüller, André Rafael. III. Cunha, Daniel Sica da.

CDU 340(075.8)

© Editora Feevale – Os textos assinados, tanto no que diz respeito à linguagem como ao conteúdo, são de inteira responsabilidade dos autores e não expressam, necessariamente, a opinião da Universidade Feevale. É permitido citar parte dos textos sem autorização prévia, desde que seja identificada a fonte. A violação dos direitos do autor (Lei n.º 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Universidade Feevale

Câmpus I: Av. Dr. Maurício Cardoso, 510 – CEP 93510-250 – Hamburgo Velho

Câmpus II: ERS 239, 2755 – CEP 93525-075 – Vila Nova

Fone: (51) 3586.8800 – Homepage: www.feevale.br

COMO MELHOR UTILIZAR ESTE E-BOOK

Não desperdice papel, imprima somente se necessário.

Este e-book foi feito com intenção de facilitar o acesso à informação. Baixe o arquivo e visualize-o na tela do seu computador sempre que necessitar. É possível também imprimir somente partes do texto, selecionando as páginas desejadas nas opções de impressão. Os botões interativos são apenas elementos visuais, utilize-os para navegar pelo documento. Se preferir, utilize as teclas “Page Up” e “Page Down” do teclado ou o “Scroll” do mouse para retornar e prosseguir entre as páginas.

VOLTAR

SUMÁRIO

AVANÇAR

**FEMINICÍDIO: UM GIRO
LATINOAMERICANO**

014

Aline Pires
Henrique Grazi Keske

**REFLEXÃO SOBRE A POSSIBILIDADE DA MEDIAÇÃO
E CONCILIAÇÃO EXTRAJUDICIAL NO TABELIONATO DE NOTAS**

040

Bárbara Körbes Hartmann
Lisiana Carraro

**O NECESSÁRIO RECONHECIMENTO DAS UNIÕES
SIMULTÂNEAS PELO DIREITO DAS FAMÍLIAS**

065

Bruna Klein
Valéria Koch Barbosa

**RESPONSABILIDADE CIVIL EM
TRANSPORTES AÉREOS**

086

Charlene Lehnen
André Rafael Weyermuller

A COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA DE DÉBITOS FISCAIS COM PRECATÓRIOS JUDICIAIS

111

Christian Gustavo Fülber
Marina Furlan

AS NOVAS TECNOLOGIAS E O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE

137

Christofer Paz de Oliveira
Dailor dos Santos

DIREITO DO CONHECIMENTO À ORIGEM GENÉTICA FRENTE AO SIGILO DO DOADOR

165

Cristiane Beatriz Fonseca dos Santos
Henrique Alexandre Grazzi Keske

COLISÕES ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PONDERAÇÃO À BRASILEIRA: DA EQUIVOCADA RECEPÇÃO DA TEORIA DE ROBERT ALEXY NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

189

Dennie Lucas Dessimon
Igor Raatz

**TRABALHO INFANTIL E O PAPEL DA JUSTIÇA DO
TRABALHO PARA SUA ERRADICAÇÃO NO BRASIL**

217

Diane Lara Arnold
Haide Maria Hupffer

**PRIVATIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS COMO ALTERNATIVA DE
MELHORIA PARA O CAOS PENITENCIÁRIO**

247

Dion Norbert de Oliveira
Betina Heike Krause Saraiva

**A PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA DO TRABALHADOR EM RELAÇÃO
AO TRABALHO INSALUBRE: UMA ANÁLISE SOBRE APOSENTADORIA ESPECIAL**

286

Diuli Mesquita Vargas
Marcus Vinicius Madeira

**O ACESSO À JUSTIÇA (ADEQUADO E EFETIVO) NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
A DIMENSÃO SUBSTANCIAL-DEMOCRÁTICA DO ACESSO À JUSTIÇA E A SUA VISÃO
PARA ALÉM DO MODELO JURISDICIONAL-ESTATAL DE TRATAMENTO DE CONFLITOS**

310

Ezequiel Amaro Volkart
Igor Raatz

**ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA:
UMA ANÁLISE DE DIREITO COMPARADO** **339**

Guilherme Zimmermann
Igor Raatz

A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE AGROTÓXICOS **362**

Jeferson Jeldoci Pol
Haide Maria Hupffer

**APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA
NOS CRIMES ECONÔMICOS** **393**

Júnior Trampuch Guedes
Daniel Kessler de Oliveira

**A CONSAGRAÇÃO DO DIREITO À COLABORAÇÃO NO
SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO** **421**

Lisiane Antonia Boeno
Guilherme Botelho de Oliveira

TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA JUSTIÇA DO TRABALHO APLICADA ÀS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDADE LIMITADA (LTDA) E À EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA (EIRELI)

448

Lisiane Renata Kremer
Rafael Pereira

TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES E A LEI Nº. 9.605/98

476

Luciana Meyrer Farina
Sandro de Souza Ferreira

NANOTECNOLOGIA: OS EFEITOS DOS NANORRESÍDUOS NO MEIO AMBIENTE À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

497

Maicon Artmann
Haide Maria Hupffer

EDUCAÇÃO AMBIENTAL E NORMAS DE COMANDO-CONTROLE COMO INSTRUMENTOS DA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS: ESTUDO DE CASO NO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

518

Mara Cristina Borges
Rafael Pereira

**ADOÇÃO INTUITU PERSONAE E O PRINCÍPIO DO MELHOR
INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

543

Morgana Rossi
Valéria Koch Barbosa

**A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS PERANTE
O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

572

Roberto Kuwer Fernandes
Pedro Ernesto Neubarth Jung

**ASPECTOS JURÍDICOS E PSICOLÓGICOS DA ALIENAÇÃO
PARENTAL E DAS FALSAS MEMÓRIAS**

604

Sabrina Schmidt
Valéria Koch Barbosa

**OS DESASTRES AMBIENTAIS E A GESTÃO DOS RISCOS DE ACORDO
COM A LEI DA POLÍTICA NACIONAL DE PROTEÇÃO E DEFESA CIVIL**

629

Silvana Berenice Bazzan Machado
Ana Paula Atz

O DIREITO À PRIVACIDADE E À LIBERDADE DE OPINIÃO E EXPRESSÃO NA ERA DIGITAL

654

Taís Fernanda Blauth
Daniel Sica da Cunha

DOENÇAS OCUPACIONAIS FRENTE À TECNOLOGIA DAS NOVAS FERRAMENTAS DE TRABALHO

675

Tássia Maíra Lehmann
Andrio Portuguese Fonseca

ABANDONO AFETIVO INVERSO: A (IM)POSSIBILIDADE DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS FILHOS

704

Thamiris Carolina dos Santos
Valéria Koch Barbosa

A RESPONSABILIDADE PENAL DOS CASAIS PSICOPATAS HOMICIDAS

730

Tiago Felipe Mertins
Betina Heike Krause Saraiva

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO INSS POR ATO QUE INDEFERE OU
CANCELA UM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DEVIDO**

756

Viviane Andréa Adam Silva
André Rafael Weyermuller

**O PERVERSO ENSINO JURÍDICO DE TERRAE BRASILIS:
ENSINAR DIREITO É POSSÍVEL AQUI?**

779

William Galle Dietrich
Igor Raatz

APRESENTAÇÃO

Na presente obra, colocamos à mostra, e à prova, da comunidade científica e profissional, artigos adaptados das melhores monografias de conclusão de curso dos acadêmicos do Curso de Direito da Universidade Feevale em 2016, previamente apresentadas por escrito e oralmente defendidas perante banca avaliadora de especialistas. Consolidando a produção jurídico-científica do corpo discente do Curso de Direito da Universidade Feevale, a 3ª edição da obra coletiva *Direito 10* apresenta, como temática transversal dos artigos científicos, os desafios à efetivação do Direito. Diante dos diversos matizes que os problemas sociais oferecem, da profusão de conflitos de interesses em uma sociedade cada vez mais complexa e de relações efêmeras, que demanda respostas rápidas, são diversos os desafios impostos às Ciências Jurídicas, os quais devem ser discutidos e superados para que o Direito cumpra suas funções e atenda aos anseios da sociedade.

Buscou-se não apenas identificar os problemas sociais existentes, mas também propor-lhes soluções jurídicas satisfatórias, que possam eventualmente converterem-se de discussões acadêmicas em concretude na vida. Procurou-se contemplar os desafios que impedem a implementação dos direitos subjetivos e, a partir da interdisciplinaridade e pluralismo, pavimentar alguns caminhos jurídicos para a sua superação. Sobretudo, pretendeu-se, das diversas indagações que surgem das discussões jurídicas em sala de aula e na pesquisa acadêmica, olhar o novo com um novo olhar.

Na busca pelos meios alternativos de solução de controvérsias, que não dependam tão somente do Poder Judiciário, mas que provoquem uma nova compreensão dos conflitos, a obra oferece excelente artigo sobre a mediação e conciliação extrajudicial em tabelionato de notas, cuja pesquisa inspirou enunciado apresentado e aprovado na I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho Nacional de Justiça.

Na seara do Direito Penal, demonstrando a constante preocupação da Universidade com os direitos das mulheres, seja no ensino, na pesquisa ou na extensão, a tormentosa, porém necessária, temática do feminicídio está contemplada, assim como a responsabilidade penal dos casais psicopatas homicidas e a aplicação da teoria da cegueira deliberada nos crimes econômicos.

Na esfera do Direito Privado, em mais uma tentativa de efetivação do direito constitucional à igualdade, o Direito de Família está analisado em artigos sobre as uniões simultâneas, abandono afetivo inverso, alienação parental e falsas memórias, e sobre adoção. Pensando nos problemas contemporâneos da responsabilidade, o debate normativo sobre a lei aplicável aos acidentes aéreos e sobre a responsabilização dos transportadores aéreos também está presente. A preocupação com as novas tecnologias e o direito à privacidade está posta em dois artigos, com perspectivas diferentes sobre o desafio: o primeiro focando

no direito interno, o segundo, focando no direito internacional e nas resoluções das Nações Unidas, analisa o direito à privacidade e à liberdade de opinião e expressão na era digital. Também o direito do conhecimento à origem genética é enfrentado, a partir das novas possibilidades de concepção que a tecnologia médica atualmente proporciona.

Já quanto às temáticas de Direito Público, o desafio da sustentabilidade econômica dos entes públicos aparece em artigo sobre a compensação tributária com precatórios judiciais e, na ordem administrativa, em escrito sobre a privatização dos presídios para melhorias do caos carcerário. Também a responsabilidade civil do INSS pelo cancelamento de benefícios é abordada. Em época de precarização do trabalho, os artigos sobre trabalho insalubre e aposentadoria especial, trabalho infantil e a busca pela sua erradicação no Brasil, desconsideração inversa da personalidade jurídica, e doenças ocupacionais, lançam luzes sobre o Direito do Trabalho. Contribuindo com a preocupação para com o ambiente e, especialmente, de acordo com as linhas de pesquisa da Universidade Feevale que atendem o Direito Ambiental, têm-se importantes reflexões sobre a legislação brasileira sobre agrotóxicos, tráfico de animais silvestres, nanotecnologia e efeitos ambientais dos nanorresíduos, desastres ambientais e gestão de riscos, e educação ambiental e normas de comando-controle.

Por fim, considerando que o ano de 2016 foi o ano da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), com todos os desafios e mudanças que o novo sempre apresenta, não poderia esta obra deixar de abranger aspectos polêmicos da normativa processual e iluminar os novos caminhos que se descortinam: acesso à justiça, ativismo judicial e judicialização da vida, direito à colaboração no sistema processual. Isso sem descuidar da hermenêutica da colisão de direitos fundamentais e das possibilidades e condições futuras e presentes do ensino jurídico no Brasil, analisada em interessante artigo.

Trata-se, mais uma vez, de obra de esforço coletivo, que dependeu do apoio e dedicação de todos os professores integrantes do corpo docente do Curso de Direito da Universidade Feevale, dos integrantes do corpo discente que se dedicaram à pesquisa como protagonistas de seu aprendizado, em seus trabalhos de conclusão de curso, e especialmente aos participantes do Programa de Aperfeiçoamento Científico, orientados pelos professores Dr. André Rafael Weyermüller e Dr.^a Haide Maria Hüpfner. Como outrora afirmou Martin Luther King, “a verdadeira medida de um homem não se vê na forma como se comporta em momentos de conforto e conveniência, mas em como se mantém em tempos de controvérsia e desafio”. Essa obra mostra a nossa medida em tempos de controvérsia e desafio, como os de hoje.

feminicídio: um giro latinoamericano

Aline Pires

Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Feevale. E-mail: alinesaochico@gmail.com.

Henrique Grazzi Keske

Doutor em Filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Professor de Direito na Universidade Feevale.
E-mail: henriquek@feevale.br.

INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher é um notório e problemático fenômeno na sociedade atual; e essa violência se dá de inúmeras maneiras, desde a violência psicológica até a violência física, que pode culminar com a morte da vítima. Esse fenômeno tem ganhado cada vez mais visibilidade no cenário nacional, desde que a então Presidente da República, Dilma Rousseff, sancionou a Lei 13. 104, em 09 de março de 2015, que incluiu como qualificadora no Código Penal, no capítulo que trata dos crimes contra a pessoa, em seu artigo 121, o feminicídio.

Porém, para entender a necessária alteração legal, visando minimizar os altos índices brasileiros, torna-se necessário contextualizar os conceitos de feminicídio, verificar a situação dos países vizinhos quanto à forma de lidar com a problemática, bem como analisar a importância que a tipificação em concreto tem para atender aos anseios de movimentos sociais, afastando a aparente neutralidade do termo homicídio, destacando o caráter sexista dessas mortes, sendo mais um passo na luta para romper definitivamente com a estrutura patriarcal da sociedade, afirmando a busca pelo direito real das mulheres viverem livres de violência.

O presente estudo não pretende esgotar a discussão atinente ao tema, mas trazer à tona a discussão, sua importância social, bem como a responsabilidade do Judiciário nas transformações sociais ao longo do tempo.

1 FEMINICÍDIO

Para entender a conceituação de feminicídio é necessário responder a uma pergunta simples: Qual a diferença entre um feminicídio e um assassinato de uma mulher? O feminicídio é cometido em razão de gênero, pelo fato de ser mulher. Essas razões se manifestam nas sociedades patriarcais, em que os assassinatos femininos ocorrem por mãos de homens. Esse crime tem diversas motivações, tais como possessão, ódio, prazer, erotismo etc. A violência é uma forma de submeter mulheres à subordinação masculina, demonstrando assim o poder patriarcal.¹

¹ ATENCIO, Graciela; LAPORTA, Elena. Tipos de feminicidio o las variantes de violencia extrema patriarcal. Bolívia, 05 Jul. 2012. Disponível em: <<http://www.femicidio.net/articulo/tipos-de-femicidio-o-las-variantes-de-violencia-extrema-patriarcal>>. Acesso em: 08 abr. 2016.

É verdade que, ao analisar as taxas de homicídio no país, o número de homens assassinados é muito maior do que o número de mulheres. Contudo, homens matam homens e matam mulheres, o que significa que metade da espécie mata a si mesmo e ainda mata a outra metade. A supremacia masculina e a necessidade de exercer poder sobre o gênero oposto evidenciam a necessária conceituação do termo aqui estudado.²

O termo “feminicídio” foi escrito pela primeira vez por Diana Russel e Jill Radford, em seu livro *Femicide: The politics of Woman Killing*, publicado em 1992, em Nova York, com o objetivo de dar a devida visibilidade ao tema da desigualdade, opressão e discriminação sofrida pela mulher nas relações domésticas.³ Na América Latina, o termo foi utilizado pela primeira vez por Marcela Lagarde, antropóloga e feminista mexicana, para denunciar o Estado do México pela falta de resposta e pelo descumprimento das obrigações internacionais assumidas.⁴ O termo nasceu em razão de condenação do Estado Mexicano na Corte Interamericana de Direitos Humanos para investigar todos os casos de feminicídio ocorridos no país, desde 1993, quando diversas mulheres foram mortas violentamente ou simplesmente desapareceram na Ciudad Juarez, conhecida como a capital do feminicídio.⁵

Ao traduzir o termo criado por Diana Russel, na América Latina, houve diferenciação na tradução: “femicídio” ou “feminicídio”. A diferença entre as duas expressões tem sido objeto de profunda discussão na América Latina e a maior parte dos estudos realizados dedica uma seção apenas para distinguir ambas. Basicamente, sabe-se que o femicídio é definido como a morte violenta de mulheres por questões de gênero. A expressão morte violenta enfatiza a violência como determinante da morte desde uma perspectiva penal, incluindo os homicídios simples ou qualificados. Quanto ao conceito de feminicídio, o mesmo surge para, além de reconhecer o conceito, ainda incluir dois novos elementos: A morte por razões misóginas e a responsabilidade do Estado ao favorecer esta impunidade. Esse termo inclui ainda outras condutas delitivas, que não necessariamente conduzem à morte da mulher, mas, sim, a um grave

² ATENCIO, Graciela; LAPORTA, Elena. **Tipos de feminicidio o las variantes de violencia extrema patriarcal**. Bolívia, 05 Jul. 2012. Disponível em: <<http://www.femicidio.net/articulo/tipos-de-feminicidio-o-las-variantes-de-violencia-extrema-patriarcal>>. Acesso em: 08 abr. 2016.

³ MELLO, Adriana Ramos de. **Feminicídio: uma análise sociojurídica do fenômeno no Brasil**. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 140-167, jan./mar. 2016. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/100615>>. Acesso em: 06 abr. 2016.

⁴ DINIZ, Priscila Mara do Nascimento. **Feminicídio no direito brasileiro**. *Âmbito Jurídico*. Rio Grande, XVIII, n. 142. Nov. 2015. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16558>. Acesso em 06 abr. 2016.

⁵ LOPES, Marília Cardoso; SILVA, Susana Maria Veleda da. **Feminicídio: uma busca pelo fim da impunidade no Brasil**. *GeocritiQ*, [S.L.], nº 130, Abr. 2015. Disponível em: <<http://www.geocritiq.com/2015/04/feminicidio-uma-busca-pelo-fim-da-impunidade-no-brasil/>>. Acesso em: 08 abr. 2016.

dano em sua integridade física, psíquica ou sexual.⁶ No Brasil, o termo “feminicídio” foi empregado pela primeira vez por Saffioti e Almeida, em uma análise sobre os homicídios conjugais. Entretanto, não há no país dados precisos referentes à morte de mulheres.⁷ Neste artigo, quando não houver especificação de legislação em virtude de análise de legislação comparada, será utilizado o termo comumente empregado no país, qual seja feminicídio.

Feminicídio, em resumo, trata-se de uma tipificação simbólica e política daquela que é uma das mais graves formas de manifestação da violência contra a mulher.⁸ Dar nome é, portanto, um gesto político, que altera práticas investigativas e muda os mecanismos de justiça do Estado, reconhecendo a prática desse crime, garantindo que as mulheres mortas sejam contadas e taxas reais sejam conhecidas a fim de que a sociedade una forças no sentido de erradicar esse problema.⁹

2 TIPOS DE FEMINICIDIO

O feminicídio recebeu inúmeros subtipos, conceitos e classificações na América Latina; e a partir do crescimento do estudo, das motivações e das características destes crimes de ódio, a literatura sobre o tema vem propondo várias novas definições, em países como México, Guatemala e Costa Rica, onde estudos sobre o tema são mais frequentes.¹⁰ As definições mais populares e comumente utilizadas são: a) Feminicídio íntimo: assassinato cometido por um homem com quem a vítima tem/tinha um vínculo afetivo; é o tipo mais frequente do qual se tem conhecimento, pois se trata, basicamente, da violência intrafamiliar; b) Feminicídio não íntimo: É aquele cometido por um homem com quem a vítima não tinha nenhuma relação íntima. Neste tipo de feminicídio

⁶ OFICINA EN MÉXICO DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (OACNUDH). *Feminicidio*. Organizado por Vasquez, Patsili Toledo. México, 1ª ed., 2009. p. 27. Disponível em: <http://www.infosal.uadec.mx/derechos_humanos/archivos/15.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2016.

⁷ PASINATO, Wânia. “Femicídios” e as mortes de mulheres no Brasil. *Cadernos PAGU*. Campinas/SP, n. 37, p. 219-246, Jul./Dez. 2011. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wpcontent/uploads/2014/04/PASINATO_Femicidios2011.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2016.

⁸ MENEGHEL, Stela Nazareth; HIRAKATA, Vânia Naomi. FEMICÍDIOS – Mortalidade por agressão em mulheres no Brasil. In: Seminário “Fazendo Gênero 9: Diásporas, Diversidades, Deslocamentos.”, 23 a 26 de agosto de 2010, Florianópolis. In: *Anais eletrônicos*. Florianópolis: UFSC, 2010. Disponível em: <http://www.fazendogenero.ufsc.br/9/resources/anais/1276533377_ARQUIVO_FEMICIDIOS.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2016.

⁹ DINIZ, Debora; COSTA, Bruna Santos; GUMIERI, Sinara. Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir. *Revista brasileira de ciências criminais*. v. 114, Mai. 2015, p. 225 – 239. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultlist/document?src=docnav&ao=&fromrend=&sruid=ioad818150000153f3771b7a1da2688d&epos=1&spos=1&page=0&td=9&savedsearch=&searchfrom=&context=4>>. Acesso em: 07 abr. 2016.

¹⁰ INCHAUSTEGUI, Teresa Romero. Sociología y política del feminicidio; algunas claves interpretativas a partir de caso mexicano. *Soc. estado.*, Brasília, v. 29, n. 2, p. 373-400, Aug. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922014000200004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 Abr. 2016.

podem existir outras formas de relações, como com companheiros de trabalho, ou mesmo o agressor ser cliente da vítima, incluindo neste conceito, os feminicídios provocados por exploradores sexuais;¹¹ e c) Feminicídio por conexão: É o tipo mais emblemático, pois trata de mulheres que morreram na “linha de fogo” de um homem que tinha a pretensão de matar ou ferir outra mulher.¹²

Há ainda, outras formas de nomear e reconhecer o homicídio em razão de gênero, que, embora sejam pouco utilizados, garantem a singularidade da conduta criminosa analisada. Entre eles estão: a) Feminicídio por prostituição, crime que ocorre muito em razão da estigmatização social que a condição da prostituição traz consigo; b) Feminicídio infantil, que se difere do infanticídio porque é um crime que ocorre em razão de gênero, influenciado por questões culturais que contribuem para a manutenção da ideia de inferioridade feminina desde a tenra idade; c) Feminicídio por tráfico de mulheres, que ocorre basicamente em situação de tráfico de imigrantes, quando alguém facilita a entrada ilegal de uma mulher em seu país, com o objetivo de obter algum benefício; d) Feminicídio por mutilação genital: é comum nos países mais conservadores, normalmente seguido de justificativa religiosa;¹³ e, por fim, e) Feminicídio por questões raciais e o feminicídio transfóbico: situação em que a pessoa é assassinada por romper com padrões sociais de diferenciações sexuais.¹⁴

Com essa análise, pode-se notar que toda morte não acidental de mulher pode ser classificada como feminicídio, entretanto, não há como quantificar o número de mortes por cada tipo de feminicídio, pois os dados policiais são incompletos e frequentemente fornecem uma informação básica sobre as circunstâncias da morte da vítima. É necessário fortalecer a base de conhecimento acerca do tema, bem como criar métodos capazes de compreender e perceber a dinâmica e a extensão desse tipo de violência.¹⁵

¹¹ ATENCIO, Graciela; LAPORTA, Elena. *Tipos de feminicidio o las variantes de violencia extrema patriarcal*. Bolívia, 05 Jul. 2012. Disponível em: <<http://www.femicidio.net/articulo/tipos-de-femicidio-o-las-variantes-de-violencia-extrema-patriarcal>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

¹² COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). *Reunión internacional sobre buenas prácticas de políticas públicas para el observatorio de igualdad de género de América Latina y el Caribe*. Série mujer y desarrollo, n. 104, Santiago de Chile, 2010, p. 55. Disponível em: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5830/S1000491_es.pdf?sequence=1>. Acesso em: 07 jun. 2016.

¹³ ATENCIO, Graciela; LAPORTA, Elena. *Tipos de feminicidio o las variantes de violencia extrema patriarcal*. Bolívia, 05 Jul. 2012. Disponível em: <<http://www.femicidio.net/articulo/tipos-de-femicidio-o-las-variantes-de-violencia-extrema-patriarcal>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

¹⁴ CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS (CLAM). *Brasil: País do Transfeminicídio*. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/arquivo/Transfeminicidio_Berenice_Bento.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2016.

¹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Poner fin a la violencia contra la mujer – De las palabras a los hechos*, p. 81. Disponível em: <http://www.un.org/womenwatch/daw/public/VAW_Study/VAW-Spanish.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2016.

3 A TIPIFICAÇÃO DO FEMINICÍDIO NA LEGISLAÇÃO COMPARADA

O reconhecimento da violência contra a mulher como um problema social e de responsabilidade também do judiciário reflete na adaptação de legislação específica para combater a questão. Na América Latina, é possível fazer uma análise geral no que tange ao processo de tipificação do feminicídio, por meio das discussões e iniciativas de países com um alto índice de assassinato de mulheres em razão de gênero. Importante realizar essa averiguação para compreender as alternativas e tendências encontradas em diversos Estados, a forma de sanção em cada um deles, bem como para realizar um comparativo com a legislação vigente no Brasil.¹⁶ Alguns países aqui estudados adotaram o termo “femicídio”, outros adotaram o termo “feminicídio”, vocábulos que serão respeitados neste estudo.

Até 2014, os países que já haviam tipificado leis sobre o feminicídio foram México, Costa Rica, Chile, El Salvador, Peru, Nicarágua, Argentina e Equador.¹⁷ Posteriormente, também sancionaram e/ou alteraram a legislação, Colômbia, Bolívia, Honduras, República Dominicana, Panamá e Venezuela.¹⁸

A Costa Rica foi o primeiro país a tipificar o feminicídio, por meio da Lei 8.589, de 2007. As penas, de acordo com essa lei, para o delito chamado de feminicídio, são de 20 a 35 anos de prisão para quem matar uma mulher com quem mantenha uma relação de matrimônio, declarada ou não.¹⁹ Veja-se: “*Artículo 21. - Femicidio Se le impondrá pena de prisión de veinte a treinta y cinco años a quien dé muerte a una mujer con la que mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no.*”²⁰ A referida lei não contempla, entre outros casos, situações em que há ruptura da relação, momento em que a mulher está mais exposta às várias formas de violência, visto que há, no homem, um sentimento de perda de posse, característica da sociedade patriarcal.

¹⁶ OFICINA EN MÉXICO DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (OACNUDH). *Feminicidio*. Organizado por Vasquez, Patsili Toledo. México, 1ª ed., 2009, p. 91-92. Disponível em: <<http://www.nomasviolenciacontramujeres.cl/wp-content/uploads/2015/09/P-Toledo-Libro-Feminicidio.compressed.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

¹⁷ ASUNTOS DEL SUR (ADS). *Feminicidio en Latinoamérica*. Documento de debate, abril de 2014, p. 20. Disponível em: <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/70BC79427E036D8E05257CD1006E0EDC/\\$FILE/Feminicidio_Am%C3%AglicaLatina.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/70BC79427E036D8E05257CD1006E0EDC/$FILE/Feminicidio_Am%C3%AglicaLatina.pdf)>. Acesso em: 29 abr. 2016.

¹⁸ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM TRANSPORTES E LOGÍSTICAS (CNTTL). *Confira Legislações na América Latina que penalizam o Feminicídio*. 26 jun. 2015. Disponível em: <<http://cnttl.org.br/noticia/4851/legislacoes-da-america-latina-que-penalizam-o-feminicidio>>. Acesso em: 03 mai. 2016.

¹⁹ COSTA RICA. Asamblea Legislativa. *Ley n. 8589, de 25 de abril de 2007*. Penalización de la violencia contra las mujeres. Disponível em: <http://www.equidad.scjn.gob.mx/biblioteca_virtual/Legislacion/OtrosPaíses/Costa%20Rica/03.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2016.

²⁰ COSTA RICA. La Asamblea Legislativa de La Republica. *Ley nº 8589, de 25 de abril de 2007*. Penalización de la violencia contra las mujeres. Disponível em: <http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=60183&nValor3=84237&strTipM=TC>. Acesso em: 07 mai. 2016.

Em maio de 2008, foi a vez da Guatemala sancionar uma lei contra o feminicídio e outras formas de violência contra a mulher. Diferentemente da Costa Rica, esta lei reconhece a existência de violência de gênero, tanto dentro, como fora de casa. Cumpre salientar que todo o capítulo II da referida legislação trata da conceituação das palavras utilizadas, tendo o femicídio a seguinte definição: “e) *Femicidio: Muerte violenta de una mujer, ocasionada en el contexto de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, en ejercicio del poder de género en contra de las mujeres.*”²¹ Consoante a mesma lei:

Comete el delito de femicidio quien, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer, por su condición de mujer, valiéndose de cualquiera de las siguientes circunstancias: a. Haber pretendido infructuosamente establecer o restablecer una relación de pareja o de Intimidad con la víctima. b. Mantener en la época en que se perpetre el hecho, o haber mantenido con la víctima relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de Intimidad o noviazgo, amistad, compañerismo o relación laboral. c. Como resultado de la reiterada manifestación de violencia en contra de la víctima. d. Como resultado de ritos grupales usando o no armas de cualquier tipo. e. En menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales, o cometiendo actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación. f. Por misoginia. g. Cuando el hecho se cometa en presencia de las hijas o hijos de la víctima. [...]”²²

A Colômbia, terceiro país a sancionar uma lei de proteção às mulheres, em 2008, omitiu, num primeiro momento, os termos feminicídio ou femicídio, optando por modificar o Código Penal de forma a transformar os homicídios em razão de gênero apenas como agravantes.²³ Contudo, em 2015, o artigo que tratava do tema foi revogado e uma nova lei foi criada, a fim de tratar o feminicídio como um delito autônomo, dentro do Código Penal. Veja-se:

Artículo 104A. Femicidio. Quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses.a). Tener o haber tenido una relación familiar, íntima o, de convivencia con la víctima, de amistad, de compañerismo o de trabajo y

²¹ GUATEMALA. El Congreso de La República de Guatemala. **Decreto nº 22, 02 de maio de 2008**. Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer. Disponível em: <http://www2.oj.gob.gt/images/imagenes/smujer/nacionales/Ley_Contra_el_Femicidio_y_Otras_Formas_de_Violencia_contra_la_Mujer.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2016.

²² GUATEMALA. El Congreso de La República de Guatemala. **Decreto nº 22, 02 de maio de 2008**. Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer. Disponível em: <http://www2.oj.gob.gt/images/imagenes/smujer/nacionales/Ley_Contra_el_Femicidio_y_Otras_Formas_de_Violencia_contra_la_Mujer.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2016.

²³ BIDASECA, Karina. Sitios Liminales entre Cordilleras invisibles. Cartografías pos coloniales del tercer feminismo. In: SIERRA, Marta J. (coord). **Geografías imaginárias: Espacios de resistencia y crisis en America Latina**. Santiago: Cuarto Propio, 2014.

ser perpetrador de un ciclo de violencia física, sexual, psicológica o patrimonial que antecedió el crimen contra ella. b). Ejercer sobre el cuerpo y la vida de la mujer actos de instrumentalización de género o sexual o acciones de opresión y dominio sobre sus decisiones vitales y su sexualidad. c). Cometer el delito en aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural. d). Cometer el delito para generar terror o humillación a quien se considere enemigo. e). Que existan antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no. f). Que la víctima haya sido incomunicada o privada de su libertad de locomoción, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella.²⁴

Com o advento desse artigo, de forma independente, foram criadas também situações que agravam a pena para quem cometer crime de feminicídio, inclusive quando ficar provado que o crime ocorreu por questões de gênero:

Artículo 104B. Circunstancias de agravación punitiva del feminicidio. La pena será de quinientos (500) meses a seiscientos (600) meses de prisión, si el feminicidio se cometiere: a). Cuando el autor tenga la calidad de servidor público y desarrolle la conducta punible aprovechándose de esta calidad. b). Cuando la conducta punible se cometiere en mujer menor de dieciocho (18) años o mayor de sesenta (60) o mujer en estado de embarazo. c). Cuando la conducta se cometiere con el concurso de otra u otras personas. d). Cuando se cometiere en una mujer en situación de discapacidad física, psíquica o sensorial o desplazamiento forzado, condición socioeconómica o por prejuicios relacionados con la condición étnica o la orientación sexual.e). Cuando la conducta punible fuere cometida en presencia de cualquier persona que integre la unidad doméstica de la víctima. f). Cuando se cometa el delito con posterioridad a una agresión sexual, a la realización de rituales, actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de agresión o sufrimiento físico o psicológico. [...]²⁵

Analisando o contexto e as alterações que ocorreram, é possível perceber a intenção, por parte do legislador colombiano, de uma mudança não só punitiva, mas também cultural, a fim de erradicar essa violência.

²⁴ COLOMBIA. Presidencia de La Republica. Ley nº 1761, de 06 de julio de 2015. Por La cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones. Disponível em: <<http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/LEY%201761%20DEL%2006%20DE%20JULIO%20DE%202015.pdf>>. Acesso em: 07 mai. 2016.

²⁵ COLOMBIA. Presidencia de La Republica. Ley nº 1761, de 06 de julio de 2015. Por La cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones. Disponível em: <<http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/LEY%201761%20DEL%2006%20DE%20JULIO%20DE%202015.pdf>>. Acesso em: 07 mai. 2016.

No Chile, em 2010, houve alterações do Código Penal, especificando que o homicídio praticado contra uma mulher com quem o autor tem ou teve convivência íntima, trata-se de femicídio. Nesse caso, as penas podem ir de 15 anos até prisão perpétua, e o autor do delito não pode postular liberdade condicional antes de cumprir 40 anos de regime fechado.²⁶ Porém, não há diferenças na lei chilena entre o parricídio e o femicídio, sendo que ambos estão previstos no mesmo artigo, inclusive.

Art. 390. El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado. Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio.²⁷

No Peru, de forma semelhante ao que ocorreu no Chile, a alteração do Código Penal, em 2011, incluiu o feminicídio e o parricídio no mesmo artigo²⁸:

Artículo 107. Parricidio / Femicidio: El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a quien es o ha sido su cónyuge, su conviviente, o con quien esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años. La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurren cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108. Si la víctima del delito descrito es o ha sido la cónyuge o la conviviente del autor, o estuvo ligada a él por una relación análoga el delito tendrá el nombre de femicidio.²⁹

²⁶ CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional. **Guía legal sobre feminicidio**: Informa de la ley que establece el femicidio como delito, y aumenta la protección para potenciales víctimas de este crimen. 30 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/femicidio>>. Acesso em: 03 mai. 2016.

²⁷ CHILE. Congreso Nacional. **Código Penal, de 12 de noviembre de 1874**. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>>. Acesso em: 07 mai. 2016.

²⁸ PERU. Congreso de La Republica. **Ley nº 29.819, de 27 de diciembre de 2011**. Ley que modifica el artículo 107 del Código Penal, incorporando el Femicidio. Disponível em: <<http://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgcvlg/legisnacional/ley29819.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2016.

²⁹ PERU. Congreso de La Republica. **Decreto Legislativo nº 635 de 08 de abril de 1991**. Código Penal. Disponível em: <<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdmo>>. Acesso em: 07 mai. 2016.

El Salvador sancionou, em 2010, uma Lei Especial Integral para uma vida livre de violência para as mulheres, tipificando, em seu artigo 45, o delito de feminicídio:

Artículo 45.- Femicidio Quien le causare la muerte a una mujer mediando motivos de odio o menosprecio por su condición de mujer, será sancionado con pena de prisión de veinte a treinta y cinco años. Se considera que existe odio o menosprecio a la condición de mujer cuando ocurra cualquiera de las siguientes circunstancias: a) Que a la muerte le haya precedido algún incidente de violencia cometido por el autor contra la mujer, independientemente que el hecho haya sido denunciado o no por la víctima. b) Que el autor se hubiere aprovechado de cualquier condición de riesgo o vulnerabilidad física o psíquica en que se encontraba la mujer víctima. c) Que el autor se hubiere aprovechado de la superioridad que le generaban las relaciones desiguales de poder basadas en el género. d) Que previo a la muerte de la mujer el autor hubiere cometido contra ella cualquier conducta calificada como delito contra la libertad sexual. e) Muerte precedida por causa de mutilación.³⁰

No mesmo sentido, em fevereiro de 2012, a Nicarágua sancionou a Lei Integral contra a Violência feita às mulheres, que reconheceu o feminicídio como um tipo penal específico, visando ampliar a punibilidade do agente causador:³¹

Art. 9 Femicidio Comete el delito de femicidio el hombre que, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer ya sea en el ámbito público o privado, en cualquiera de las siguientes circunstancias: a) Haber pretendido infructuosamente establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima; b) Mantener en la época en que se perpetre el hecho, o haber mantenido con la víctima, relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad o noviazgo, amistad, compañerismo, relación laboral, educativa o tutela; c) Como resultado de la reiterada manifestación de violencia en contra de la víctima; d) Como resultado de ritos grupales, de pandillas, usando o no armas de cualquier tipo; e) Por el menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales, o la comisión de actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación; f) Por misoginia; g) Cuando el hecho se cometa en presencia de las hijas o hijos de la víctima; h) Cuando concurra cualquiera de las circunstancias de calificación contempladas en el delito de asesinato en el Código Penal. Cuando el hecho se diera en el ámbito público la pena será de quince a veinte años de prisión. Si ocurre en el ámbito privado la pena será de veinte a veinticinco años

³⁰ EL SALVADOR. Asamblea Legislativa. **Ley nº 520 de 04 de enero de 2011.** Ley Especial Integral para una vida libre de violencia para las mujeres. Disponível em: <<http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/ley-especial-integral-para-una-vida-libre-de-violncia-para-las-mujeres>>. Acesso em: 07 mai. 2016.

³¹ CENSORI, Luciano. El delito de feminicidio y su constitucionalidad. **Revista Pensamiento Penal**. Argentina, n. 177, p. 1-52, Jun. 2014. Disponível em: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20141108_01.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2016.

de prisión. En ambos casos si concurriera dos o más de las circunstancias mencionadas en los incisos anteriores se aplicará la pena máxima. Las penas establecidas en el numeral anterior serán aumentadas en un tercio cuando concorra cualquiera de las circunstancias del asesinato, hasta un máximo de treinta años de prisión.³²

No México, também houve reforma do Código Penal, estabelecendo o feminicídio como um tipo penal independente. O artigo 325 do Código Penal foi reformado em 2012, nomeando o feminicídio, pelas seguintes razões:

Artículo 325. Comete el delito de feminicidio quien prive de la vida a una mujer por razones de género. Se considera que existen razones de género cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: I. La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo; II. A la víctima se le hayan infligido lesiones o mutilaciones infamantes o degradantes, previas o posteriores a la privación de la vida o actos de necrofilia; III. Existan antecedentes o datos de cualquier tipo de violencia en el ámbito familiar, laboral o escolar, del sujeto activo en contra de la víctima; IV. Haya existido entre el activo y la víctima una relación sentimental, afectiva o de confianza; V. Existan datos que establezcan que hubo amenazas relacionadas con el hecho delictuoso, acoso o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima; VI. La víctima haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo previo a la privación de la vida; VII. El cuerpo de la víctima sea expuesto o exhibido en un lugar público. A quien cometa el delito de feminicidio se le impondrán de cuarenta a sesenta años de prisión y de quinientos a mil días multa. Además de las sanciones descritas en el presente artículo, el sujeto activo perderá todos los derechos con relación a la víctima, incluidos los de carácter sucesorio.³³

A Argentina também reformou seu Código Penal, incluindo, em 2012, nas qualificadoras de homicídio simples, a figura do feminicídio, ainda que sem nomeá-lo:

ARTICULO 8o. - Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: 1º A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivência. [...] 4º Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión. [...] 11. A una

³² NICARAGUA. Presidencia de la Republica. **Ley nº 779, de 20 de junio de 2012.** Ley Integral Contra La violencia Hacia Las Mujeres y de Reformas a La Ley no. 642, Código Penal. Disponível em: <[http://legislacion.asamblea.gob.ni/SILEG/Iniciativas.nsf/0/8f45bac34395458c062578320075bde4/\\$FILE/Ley%20No.%20779%20Ley%20Integral%20contra%20a%20Violencia.pdf](http://legislacion.asamblea.gob.ni/SILEG/Iniciativas.nsf/0/8f45bac34395458c062578320075bde4/$FILE/Ley%20No.%20779%20Ley%20Integral%20contra%20a%20Violencia.pdf)>. Acesso em: 07 mai. 2016.

³³ MEXICO. Presidencia da Republica. **Código Penal Federal, de 14 de agosto de 1931.** Atualizado. Disponível em: <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s=>>>. Acesso em: 07 mai. 2016.

mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género. 12. Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1º. Cuando en el caso del inciso 1º de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho (8) a veinticinco (25) años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima.³⁴

Honduras, décimo país a tipificar o feminicidio, o fez também por meio de reforma no Código Penal em 2013, com a inclusão de um novo artigo, nomeando-o da seguinte forma³⁵:

ARTÍCULO 118-A: Incurrir en el delito de femicidio, el o los hombres que den muerte a una mujer por razones de género, con odio y desprecio por su condición de mujer y se castigará con una pena de treinta (30) a cuarenta (40) años de reclusión, cuando concurren una o varias de las circunstancias siguientes: 1) Cuando el sujeto activo del delito mantenga o haya mantenido con la víctima una relación de pareja, ya sea matrimonial, de hecho, unión libre o cualquier otra relación afín en la que medie, haya mediado o no cohabitación, incluyendo aquellas en las que se sostiene o se haya sostenido una relación sentimental; 2) Cuando el delito esté precedido de actos de violencia doméstica o intrafamiliar, exista o no antecedente de denuncia; 3) Cuando el delito esté precedido de una situación de violencia sexual, acoso, hostigamiento o persecución de cualquier naturaleza; y, 4) Cuando el delito se comete con ensañamiento o cuando se hayan infligido lesiones infamantes, degradantes o mutilaciones previas o posteriores a la privación de la vida.³⁶

³⁴ ARGENTINA. Asamblea Legislativa. **Código Penal de La Nación, de 1984**. Atualizado. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#15>>. Acesso em: 07 mai. 2016.

³⁵ CENSORI, Luciano. El delito de feminicidio y su constitucionalidad. **Revista Pensamiento Penal**. Argentina, n. 177, p. 21,35, Jun. 2014. Disponível em: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20141108_01.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2016.

³⁶ HONDURAS. Presidencia da Republica. **Decreto nº 23-2013, de 15 de marzo de 2013**. Reforma de Los artigos 27 y 321 y adicionar los artículos 118- A y 321- A, del Decreto nº 144-83 de 23 de agosto de 1983. Disponível em: <<http://www.refworld.org/pdfid/46d7cebe2.pdf>>. Acesso em: 07 mai. 2016.

A Bolívia, em março de 2013, sancionou uma lei integral para garantir uma vida livre de violência às mulheres³⁷:

Artículo 252 (FEMINICIDIO). Se sancionará con la pena de presidio de treinta (30) años sin derecho a indulto, a quien mate a una mujer, en cualquiera de las siguientes circunstancias: 1. El autor sea o haya sido cónyuge o conviviente de la víctima, esté o haya estado ligada a esta por una análoga relación de afectividad o intimidad, aun sin convivencia; 2. Por haberse negado la víctima a establecer con el autor, una relación de pareja, enamoramiento, afectividad o intimidad; 3. Por estar la víctima en situación de embarazo; 4. La víctima que se encuentre en una situación o relación de subordinación o dependencia respecto del autor, o tenga con éste una relación de amistad, laboral o de compañerismo; 5. La víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad; 6. Cuando con anterioridad al hecho de la muerte, la mujer haya sido víctima de violencia física, psicológica, sexual o económica, cometida por el mismo agresor; 7. Cuando el hecho haya sido precedido por un delito contra la libertad individual o la libertad sexual; 8. Cuando la muerte sea conexas al delito de trata o tráfico de personas; 9. Cuando la muerte sea resultado de ritos, desafíos grupales o prácticas culturales.³⁸

O governo do Panamá sancionou, em outubro de 2013, a Lei 82, que tipifica o femicídio, incluindo-o no Código Penal, garantindo que uma mulher não será morta sob justificativa de costumes, tradições ou ritos religiosos³⁹:

Artículo 41. Se adiciona el artículo 132-A al Código Penal, así: Artículo 132-A. Quien cause la muerte a una mujer, en cualquiera de las siguientes circunstancias, será sancionado con pena de veinticinco hasta treinta años de prisión: 1. Cuando exista una relación de pareja o hubiere intentado infructuosamente establecer o restablecer una relación de esta naturaleza o de intimidad afectiva o existan vínculos de parentesco con la víctima. 2. Cuando exista relación de confianza con la víctima o de carácter laboral, docente o cualquiera que implique subordinación o superioridad. 3. Cuando el hecho se comete en presencia de los hijos o hijas de la víctima. 36 4. Cuando el autor se hubiere aprovechado de cualquier condición de

³⁷ CENSORI, Luciano. El delito de feminicidio y su constitucionalidad. *Revista Pensamiento Penal*. Argentina, n. 177, p. 46, Jun. 2014. Disponível em: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20141108_01.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2016.

³⁸ BOLIVIA. Presidente Constitucional del Estado Plurinacional. **Ley 348 de 9 de marzo de 2013**. Ley integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia. Disponível em: <<http://www.justicia.gob.bo/index.php/noticias/notas-de-prensa/1617-ley-348>>. Acesso em: 07 mai. 2016.

³⁹ FUNDACIÓN DE ASISTENCIA LEGAL COMUNITARIA (Fundalcom). **Ley que tipifica el Femicidio en Panama**: Avance en materia de prevención contra la violencia hacia la mujer. Ciudad de Panamá, 24 out. 2013. Disponível em: <<http://www.fundalcom.com/ley-que-tipifica-el-femicidio-en-panama-avance-en-materia-de-prevencion-contra-la-violencia-hacia-la-mujer/>>. Acesso em: 07 mai. 2016.

riesgo o vulnerabilidad física o psíquica de la víctima. 5. Como resultado de ritos grupales o por venganza. 6. Por el menosprecio o abuso del cuerpo de la víctima, para satisfacción de instintos sexuales o la comisión de actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación. 7. Cuando el cuerpo de la víctima sea expuesto, depositado o arrojado en un lugar público o privado o cuando la misma haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo, previo a su fallecimiento. 8. Para encubrir una violación. 9. Cuando la víctima se encuentre en estado de gravidez. 10. Por cualquier móvil generado por razón de su condición de mujer o en un contexto de relaciones desiguales de poder.⁴⁰

O Equador reformou seu Código Orgânico Integral Penal, incluindo, no artigo 141, o termo “femicídio”, com agravantes para o crime tipificado. Veja-se:

Artículo 141.- Femicidio.- La persona que, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años. Artículo 142.- Circunstancias agravantes del femicidio.- Cuando concurren una o más de las siguientes circunstancias se impondrá el máximo de la pena prevista en el artículo anterior: 1. Haber pretendido establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima. 2. Exista o haya existido entre el sujeto activo y la víctima relaciones familiares, conyugales, convivencia, intimidad, noviazgo, amistad, compañerismo, laborales, escolares o cualquier otra que implique confianza, subordinación o superioridad. 3. Si el delito se comete en presencia de hijas, hijos o cualquier otro familiar de la víctima. 4. El cuerpo de la víctima sea expuesto o arrojado en un lugar público.⁴¹

Na Venezuela, a tipificação deu-se por meio de uma reforma na Lei orgânica pelo Direito das Mulheres a uma vida livre de violência, promulgada em novembro de 2014, com critérios semelhantes às demais leis já analisadas:

LEY DE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA SOBRE EL DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA.

[...]

SEGUNDO. Se modifica el artículo 14, en la forma siguiente:

Artículo 14. La violencia contra las mujeres a que se refiere la presente ley comprende todo acto sexista que tenga o pueda tener como resultado

⁴⁰ PANAMÁ. La Asamblea Nacional. **Ley 92, de 24 de octubre de 2013**. Adopta medidas de prevención contra la violencia en las mujeres y reforma el Código Penal para tipificar el femicidio y sancionar los hechos contra la mujer. Disponível em: <<http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/95689/112753/F-2046343888/PAN95689.pdf>>. Acesso em: 07 mai. 2016.

⁴¹ ECUADOR. Presidencia de La Republica. **Código Orgânico Integral Penal, de 10 de febrero de 2014**. Disponível em: <<http://www.asambleanacional.gob.ec/es/system/files/document.pdf>>. Acesso em: 07 mai. 2016.

la muerte, um daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, emocional, laboral, económico o patrimonial; la acción o la privación arbitraria de la libertad, así como la amenaza de ejecutar tales actos, tanto si producen en el ámbito público como en el privado.

TERCERO. Se modifica el artículo 15, en la forma siguiente:

Artículo 15. Se consideran formas de violencia de género en contra de las mujeres, las siguientes: [...]

20. Femicidio: Es la forma extrema de violencia de género, causada por odio ou desprecio a su condición de mujer, que degenera en su muerte, producidas tanto en el ámbito público como en el privado.

[...]⁴²

E por fim, a República Dominicana optou também por reformar seu Código Penal, no ano de 2014, incluindo em seu artigo 100 a tipificação do crime de feminicídio. Porém, em dezembro de 2015, o referido Código Penal foi anulado, em virtude da criação de disposições relativas ao aborto, o que causou grande polêmica por posicionamentos contrários às permissões de aborto na ala conservadora do país. Com essa anulação, até o presente momento, não há previsão legal para o crime de gênero no país.⁴³

O Brasil foi apenas o 16º país a sancionar uma legislação específica, mesmo sendo um dos países com mais altas taxas de mortes de mulheres. Em março de 2015, a Presidente Dilma Rousseff sancionou a lei que altera o Código Penal, incluindo o feminicídio. Tal ato simbolizou uma vitória dos movimentos feministas, pois, ao nomear o problema, dá-se maior visibilidade à temática.

4 A TIPIFICAÇÃO NACIONAL COMO ATO POLÍTICO E SIMBÓLICO

Na vida cível, a capacidade feminina sempre foi restrita. O direito sempre agiu com a preocupação de limitar sua capacidade, sua educação e seu patrimônio, coibindo assim, seu poder de decisão no seio familiar. No Direito Penal, de forma geral, as mulheres sempre foram tidas como vítimas, frágeis, dependentes e que não ofereceriam risco nenhum à sociedade, não demandando quaisquer tutelas protetivas, já que todos os crimes praticados pelos homens

⁴² VENEZUELA. Asamblea Nacional. *Ley de reforma de la Ley orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia*. Disponível em: <http://www.mp.gob.ve/c/document_library/get_file?uuid=a510a7e3-df74-4372-9e29-8448976f355f&groupId=10136>. Acesso em 08 mai. 2016.

⁴³ FEMINISTAS “indignadas” por sentencia del TC que anula em Código Penal. *Portal 7 días*, Santo Domingo, 08 dez. 2015. Disponível em: <http://www.7dias.com.do/portada/2015/12/08/iz01700_feministas-indignadas-por-sentencia-del-que-anula-codigo-penal.html#.Vzj_MzUrLIU>. Acesso em: 10 mai. 2016.

contra as mulheres eram justificáveis dentro de uma lógica de dominação masculina.⁴⁴ Coube, desde sempre, ao Direito Penal, categorizar quais mulheres cumpriam os requisitos de honestidade e que poderiam se considerar vítimas e quais eram consideradas desonestas; e por isso, ao invés de vítima da situação, ela passa a ser a provocadora.

Utilizar justificativas como passionalidade para argumentar quanto às razões de um assassinato faz com que a violência de gênero seja banalizada, escondendo todo o sistema de dominação patriarcal existente até hoje.⁴⁵ Em grande parte da legislação, essas diferenciações desapareceram ao longo dos anos. Contudo, a conduta cultural e social se manteve, e, por isso, leis específicas foram criadas, na tentativa de diminuir a violência contra a mulher.

É nesse contexto que, em 09 de março de 2015, o Brasil se somou aos outros 15 países da América Latina, tipificando o termo “feminicídio”, a partir de uma recomendação da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência contra a Mulher, incluindo-o como uma qualificadora de crime hediondo, conforme texto da Lei 13.104, que alterou o Código Penal vigente no país. Vejamos:

Art. 1º O art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Homicídio simples

Art. 121. [...]

Homicídio qualificado

§ 2º [...]

Feminicídio

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

[...]

§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Aumento de pena

⁴⁴ MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Da mulher honesta à Lei com nome de mulher: O lugar do feminismo na legislação penal brasileira. *Revista Videre*. Dourados, ano 2, n. 3, p. 137-159, Jan./Jun. 2010. Disponível em: <http://www.periodicos.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/viewFile/885/pdf_27>. Acesso em: 10 mai. 2016.

⁴⁵ COMITÉ DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER (CLADEM). *Contribuições ao debate sobre a tipificação penal do Feminicídio/Femicídio*. Lima, jun. 2012, p. 09. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/10/CLADEM_TipificacaoFeminicidio2012.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2016.

[...]

§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;

II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;

III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima. [...]⁴⁶

Importante frisar que o sujeito ativo da ação pode ser qualquer pessoa. Entretanto, a legislação é clara e expressa ao mencionar que somente mulheres podem figurar como agente passivo, o que causa algumas divergências a respeito dos transexuais. Afinal, se a vítima for transexual, trata-se ainda assim de feminicídio?

Com relação a essa indagação, há três possibilidades de entendimento: a primeira é a corrente conservadora, que afirma que o transexual, geneticamente, não é mulher, mesmo nos casos em que já houve intervenção cirúrgica, o que acarreta no descarte automático da proteção especial da lei; a outra corrente é mais moderna e entende ser possível garantir as proteções legais no caso de já ter realizado a cirurgia sem possibilidade de alterações.⁴⁷ A terceira corrente, defendida por Greco, é atinente às questões e critérios jurídicos. Para o autor:

[...] entendemos que o único critério que nos traduz, com a necessária segurança exigida pelo direito, e em especial o direito penal, é o critério que podemos denominar de jurídico. Assim, somente aquele que for portador de um registro oficial (certidão de nascimento, documento de identidade) onde figure, expressamente, o seu sexo feminino, é que poderá ser considerado sujeito passivo do feminicídio.

Aqui pode ocorrer que a vítima tenha nascido com o sexo masculino, sendo tal fato constado expressamente em seu registro de nascimento. No entanto, posteriormente, ingressando com uma ação judicial, vê sua pretensão de mudança de sexo atendida [...], passando a constar, agora, como pessoa do sexo feminino. Somente a partir deste momento é que poderá ser considerada como sujeito passivo do feminicídio.⁴⁸

⁴⁶ BRASIL. Presidência da República. **Lei 13.104 de 09 de março de 2015**. Altera o art. 121 do Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 10 mai. 2016.

⁴⁷ CUNHA, Rogério Sanches. **Pode figurar como vítima do feminicídio pessoa transexual?**. CERS – Cursos online. 14 de março 2015. Disponível em: <<https://www.cers.com.br/noticias-e-blogs/noticia/pode-figurar-como-vitima-do-feminicidio-pessoatransexual;jsessionid=DOp+zd7GydQDoGcJ4zqq1Jtq.sp-tucson-prod-10>>. Acesso em: 12 mai. 2016.

⁴⁸ GRECO, Rogério. **Feminicídio**. Comentário sobre a lei nº 13.104, de 09 de março de 2015. 14 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=2906>>. Acesso em: 10 mai. 2016.

Apesar dessas divergências, dar nome ao crime motivado pelo ódio, demonstração de posse e misoginia não tem apenas o intuito de dar visibilidade ao problema, mas também criar e aprimorar rotinas de investigação e julgamento, com a finalidade de colher dados e investigar, tanto na esfera privada como na pública, os assassinatos, além de preveni-los e coibi-los.⁴⁹ O levantamento desses dados é importante para auxiliar na captação de informação e elaboração de políticas públicas com o objetivo de combater essa forma extrema de violência.

Ao tipificar o feminicídio, um problema social severo foi exposto: a constante e histórica desigualdade de gênero que persiste na sociedade. Sancionar essa lei é uma vitória social que combate a impunidade, impedindo que feminicidas sejam beneficiados por interpretações jurídicas moralmente inaceitáveis, mas juridicamente possíveis, como a hipótese de crime passional, em que o homem mata por amor. Dar visibilidade ao termo feminicídio, considerando seu valor histórico, contribui para abrir espaço para a discussão não só dos homicídios de mulheres praticados por companheiros ou ex companheiros, como também destaca os assassinatos de mulheres socialmente vulneráveis, tais como as que exercem a prostituição.⁵⁰

Apesar de todo o exposto e da receptividade positiva da lei, ainda é possível encontrar posicionamento contrário à efetiva necessidade da tipificação em comento, por se acreditar que a qualificadora do feminicídio fere o princípio constitucional da igualdade, uma vez que trata a morte de mulheres de forma diferenciada da morte de homens. Todavia, assim como a Lei Maria da Penha tratou de forma diferenciada a violência doméstica, por ter o legislador compreendido que há desigualdade de gênero no âmbito doméstico, no feminicídio essa questão é apenas ampliada para todos os setores, tanto públicos como privados.⁵¹

Analisando a questão frente ao princípio da igualdade, compreende-se que o mesmo não é violado, uma vez que a nova qualificadora trata a morte de mulher de forma diferenciada porque ela é exposta a relações diferenciadas e o papel do direito é atuar nessas particularidades, buscando construir uma

⁴⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Aprovação de projeto de lei do Feminicídio é avanço para enfrentar aumento de assassinato de mulheres*. [S.L.], 04 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/?noticias=aprovacao-do-projeto-de-lei-do-femicidio-e-avanco-para-enfrentar-aumento-de-assassinatos-de-mulheres-diz-onu-mulheres-brasil>>. Acesso em: 10 mai. 2016.

⁵⁰ COMITÉ DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER (CLADEM). *Contribuições ao debate sobre a tipificação penal do Feminicídio/Femicídio*. Peru, 2012, p. 09. Disponível em: <http://www.compromisoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/10/CLADEM_TipificacaoFemicidio2012.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2016.

⁵¹ CAMPOS, Carmen Hein de. *Violência, crime e Segurança Pública: Feminicídio no Brasil – Uma análise crítico-feminista*. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito – PUCRS*. Porto Alegre, v. 7, n.1, p. 103-115, Jan./Jun. 2015. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/20275/13455>>. Acesso em: 12 mai. 2016.

sociedade igualitária,⁵² uma vez que homens e mulheres não são idênticos; e observar e respeitar as particularidades de cada um é necessário a fim de se aplicar com sabedoria o referido princípio, para que seja possível alcançar um ideal democrático em que todos sejam verdadeiramente iguais.⁵³

Outras objeções foram feitas ao texto, como a crítica ao aumento da pena quando o delito ocorrer nos três primeiros meses posteriores ao parto. Entretanto, críticas como essa ignoram as diferenças biológicas cruciais entre homens e mulheres, especialmente nos primeiros meses após o parto. Tais diferenças, entretanto, não foram ignoradas pelo legislador. As críticas contra a lei carecem de fundamentação, uma vez que há, no mundo todo, estudos que reconhecem a diferença do homem e da mulher decorrentes de um sistema patriarcal, que dominou e domina ainda certas sociedades.⁵⁴

Para que a lei em comento deixe de ser somente simbólica é necessário que se realize uma mudança estrutural no comportamento e na mentalidade da sociedade como um todo, de forma que a cultura patriarcal seja completamente superada, uma vez que, ao desconstruir a ideia machista e sexista da sociedade, a mulher terá condições de lutar por espaço e representatividade de forma igualitária, saindo da situação de vulnerabilidade e subjugação na qual se encontra atualmente, sendo esta a fórmula encontrada para que se atinja a tão falada igualdade prevista na Constituição Federal.⁵⁵

Por todo o exposto, a tipificação do feminicídio inicia um novo marco, em que o combate à violência de gênero, em suas mais diversas formas, é cada vez mais discutida. Todavia, importante ressaltar que, embora o texto seja subjetivo e que, por isso, diversas interpretações possam ser feitas, algumas questões controversas poderiam ter sido evitadas, a fim de garantir uma melhor aplicabilidade da regra em comento, tal como a questão dos transexuais, que dependerão do entendimento do juiz para ter garantida sua proteção legal. Nesse sentido, evidencia-se o necessário investimento na sensibilização dos

⁵² PAES, Mariana Armond Dias. Inclusão do Feminicídio no Código Penal é uma questão de Igualdade e gênero. *Consultor Jurídico (Conjur)*. [S.L.], 10 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-10/mariana-paes-feminicidio-questao-igualdade-genero>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

⁵³ MENDONÇA, Amanda Pereira. Constitucionalidade de medidas afirmativas às mulheres. A desigualdade de gêneros como pressuposto da limitação ao acesso à justiça às mulheres. *Revista Jurídica Luso Brasileira*. [S.L.], ano 2, n. 3, p. 59-79, 2016. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/3/2016_03_0059_0079.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2016.

⁵⁴ SABADELL, Ana Lucia. Violência Contra a Mulher e o Processo de Juridificação do Feminicídio. Reações e Relações Patriarcais no Direito Brasileiro. *Revista EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 168-190, mar. 2016. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/100601/violencia_contra_mulher_sabadell.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2016.

⁵⁵ MENDONÇA, Amanda Pereira. Constitucionalidade de medidas afirmativas às mulheres. A desigualdade de gêneros como pressuposto da limitação ao acesso à justiça às mulheres. *Revista Jurídica Luso Brasileira*. [S.L.], ano 2, n. 3, p. 59-79, 2016. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/3/2016_03_0059_0079.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2016.

operadores de direito. Todavia, mesmo com algumas contradições e dúvidas, a tipificação do feminicídio é, em linhas gerais, muito mais positiva, pois abre a possibilidade de, gradualmente, inserir essa discussão nos âmbitos públicos, iniciando a luta contra o homicídio por razões de gênero.⁵⁶

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estudar a forma mais extrema de violência contra a mulher é perceber que o problema não é tão novo quanto a sua tipificação no Brasil, evidenciando-se que, incluir o tipo penal em comento não só reconhece a existência do problema e seus fatores de risco, bem como contribui para a criação de políticas públicas que visem coibir o fenômeno, trazendo à tona questões pouco debatidas, como o patriarcalismo, o sexismo e a misoginia.

Em suma, nota-se que a mera inserção do termo feminicídio no Código Penal não é o suficiente para tratar a complexidade do tema. É preciso também ter um judiciário preparado para lidar com essa questão, assim como uma consolidação nacional de dados sobre homicídios de mulheres, assumindo a importância do direito na construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Conclui-se, portanto, que tipificar o feminicídio trata-se, não somente de punir o autor do crime, mas também reconhecer perante toda a sociedade que o direito, como buscador da justiça, está atento à realidade, assumindo a existência da problemática. O legislador, ao criar a referida lei, de forma geral, propôs a toda a sociedade a discussão de algo latente, mas até então velado.

⁵⁶ MELLO, Adriana Ramos de. Feminicídio: uma análise sociojurídica do fenômeno no Brasil. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 140-167, jan./mar. 2016. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/100615>>. Acesso em: 07 jun. 2016.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Asamblea Legislativa. **Código Penal de La Nación, de 1984**. Atualizado. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/1500019999/16546/texact.htm#15>>. Acesso em: 07 ago. 2016.

ASUNTOS DEL SUR (ADS). **Feminicidio en Latinoamérica**. Documento de debate, abril de 2014, p. 20. Disponível em: <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/70BC79427E036D8E05257CD1006E0EDC/\\$FILE/Feminicidio_Am%C3%A9ricaLatina.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/70BC79427E036D8E05257CD1006E0EDC/$FILE/Feminicidio_Am%C3%A9ricaLatina.pdf)>. Acesso em: 29 ago. 2016.

ATENCIO, Graciela; LAPORTA, Elena. **Tipos de feminicidio o las variantes de violencia extrema patriarcal**. Bolívia, 05 Jul. 2012. Disponível em: <<http://www.feminicidio.net/articulo/tipos-de-feminicidio-o-las-variantes-de-violencia-extrema-patriarcal>>. Acesso em: 08 ago. 2016.

BIDASECA, Karina. Sitios Liminales entre Cordilleras invisibles. Cartografías pos coloniales del tercer feminismo. In: SIERRA, Marta J. (coord). **Geografías imaginárias: Espacios de resistência y crisis en America Latina**. Santiago: Cuarto Propio, 2014.

BOLIVIA. Presidente Constitucional del Estado Plurinacional. **Ley 348 de 9 de marzo de 2013**. Ley integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia. Disponível em: <<http://www.justicia.gob.bo/index.php/noticias/notas-de-prensa/1617-ley-348>>. Acesso em: 07 ago. 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 13.104 de 09 de março de 2015**. Altera o art. 121 do Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 10 ago. 2016.

CAMPOS, Carmen Hein de. Violência, crime e Segurança Pública: Feminicídio no Brasil – Uma análise crítico-feminista. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito – PUCRS**. Porto Alegre, v. 7, n.1, p. 103-115, Jan./Jun. 2015. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/20275/13455>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

CENSORI, Luciano. El delito de feminicidio y su constitucionalidad. **Revista Pensamiento Penal**. Argentina, n. 177, p. 1-52, Jun. 2014. Disponível em: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20141108_01.pdf>. Acesso em: 03 set. 2016.

CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS (CLAM). **Brasil: País do Transfeminicídio**. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/arquivo/Transfeminicidio_Berenice_Bento.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2016.

CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional. **Guía legal sobre feminicidio**: Informa de la ley que establece el femicidio como delito, y aumenta la protección para potenciales víctimas de este crimen. 30 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/femicidio>>. Acesso em: 03 set. 2016.

_____. Congreso Nacional. **Código Penal, de 12 de noviembre de 1874**. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>>. Acesso em: 07 ago. 2016.

COLOMBIA. Presidencia de La Republica. **Ley nº 1761, de 06 de julio de 2015**. Por La cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones. Disponível em: <<http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/LEY%201761%20DEL%2006%20DE%20JULIO%20DE%202015.pdf>>. Acesso em: 07 ago. 2016.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). **Reunión internacional sobre buenas prácticas de políticas públicas para el observatorio de igualdad de género de América Latina y el Caribe**. Série mujer y desarrollo, n. 104, Santiago de Chile, 2010, p. 55. Disponível em: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5830/S1000491_es.pdf?sequence=1>. Acesso em: 07 ago. 2016.

COMITÉ DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER (CLADEM). **Contribuições ao debate sobre a tipificação penal do Feminicídio/Femicídio**. Lima, jun. 2012, p. 09. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/10/CLADEM_TipificacaoFeminicidio2012.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2016.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM TRANSPORTES E LOGÍSTICAS (CNTTL). **Confira Legislações na América Latina que penalizam o Feminicídio**. 26 jun. 2015. Disponível em: <<http://cnttl.org.br/noticia/4851/legislacoes-da-america-latina-que-penalizam-o-feminicidio>>. Acesso em: 03 mai. 2016.

COSTA RICA. Asamblea Legislativa de La Republica. **Ley n. 8589, de 25 de abril de 2007**. Penalización de la violencia contra las mujeres. Disponível em: <http://www.equidad.scjn.gob.mx/biblioteca_virtual/Legislacion/OtrosPaises/Costa%20Rica/03.pdf>. Acesso em: 03 set. 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pode figurar como vítima do feminicídio pessoa transexual?**. CERS – Cursos online. 14 de março 2015. Disponível em: <<https://www.cers.com.br/noticias-e-blogs/noticia/pode-figurar-como-vitima-do-feminicidio-pessoatransexual;jsessionid=DOp+zd7GydQDoGcJ4zqq1Jtq.sp-tucson-prod-10>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

DINIZ, Debora; COSTA, Bruna Santos; GUMIERI, Sinara. Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir. Revista brasileira de ciências criminais. v. 114, Mai. 2015, p. 225 – 239. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultlist/document?src=docnav&ao=&fromrend=&srguid=ioad8181500000153f3771b7a1da2688d&epos=1&spos=1&page=0&td=9&savedsearch=&searchfrom=&context=4>>. Acesso em: 05 set. 2016.

DINIZ, Priscila Mara do Nascimento. Feminicídio no direito brasileiro. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XVIII, n. 142. Nov. 2015. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16558>. Acesso em 05 set. 2016.

ECUADOR. Presidencia de La Republica. **Código Orgânico Integral Penal, de 10 de febrero de 2014**. Disponível em: <<http://www.asambleanacional.gob.ec/es/system/files/document.pdf>>. Acesso em: 07 ago. 2016.

EL SALVADOR. Asamblea Legislativa. **Ley nº 520 de 04 de enero de 2011**. Ley Especial Integral para una vida libre de violencia para las mujeres. Disponível em: <<http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/ley-especial-integral-para-una-vida-libre-de-violencia-para-las-mujeres>>. Acesso em: 07 ago. 2016.

FEMINISTAS “indignadas” por sentença del TC que anula em Código Penal. **Portal 7 dias**, Santo Domingo, 08 dez. 2015. Disponível em: <http://www.7dias.com.do/portada/2015/12/08/i201700_feministas-indignadas-por-sentencia-del-que-anula-codigo-penal.html#.Vzj_MzUrLIU>. Acesso em: 10 ago. 2016.

FUNDACIÓN DE ASISTENCIA LEGAL COMUNITARIA (Fundalcom). **Ley que tipifica el Feminicídio em Panama**: Avance en materia de prevención contra la violencia hacia la mujer. Ciudad de Panamá, 24 out. 2013. Disponível em: <<http://www.fundalcom.com/ley-que-tipifica-el-femicidio-en-panama-avance-en-materia-de-prevencion-contr-la-violencia-hacia-la-mujer/>>. Acesso em: 07 ago. 2016.

GRECO, Rogério. **Feminicídio**. Comentário sobre a lei nº 13.104, de 09 de março de 2015. 14 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=2906>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

GUATEMALA. El Congreso de La República de Guatemala. **Decreto nº 22, 02 de maio de 2008**. Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer. Disponível em: <http://ww2.oj.gob.gt/images/imagenes/smujer/nacionales/Ley_Contra_el_Femicidio_y_Otras_Formas_de_Violencia_contra_la_Mujer.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2016.

HONDURAS. Presidencia da Republica. **Decreto nº 23-2013, de 15 de marzo de 2013**. Reforma de Los artigos 27 y 321 y adicionar los artículos 118- A y 321- A, del Decreto nº 144-83 de 23 de agosto de 1983. Disponível em: <<http://www.refworld.org/pdfid/46d7cebe2.pdf>>. Acesso em: 07 ago. 2016.

INCHAUSTEGUI, Teresa Romero. Sociología y política del feminicidio; algunas claves interpretativas a partir de caso mexicano. **Soc. estado.**, Brasília, v. 29, n. 2, p. 373-400, Aug. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922014000200004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 ago. 2016.

LOPES, Marília Cardoso; SILVA, Susana Maria Veleda da. Feminicídio: uma busca pelo fim da impunidade no Brasil. **GeocritiQ**, [S.L.], nº 130, Abr. 2015. Disponível em: <<http://www.geocritiq.com/2015/04/feminicidio-uma-busca-pelo-fim-da-impunidade-no-brasil/>>. Acesso em: 08 ago. 2016.

MELLO, Adriana Ramos de. Feminicídio: uma análise sociojurídica do fenômeno no Brasil. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 140-167, jan./mar. 2016. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/100615>>. Acesso em: 06 ago. 2016

MELLO, Marilia Montenegro Pessoa de. Da mulher honesta à Lei com nome de mulher: O lugar do feminismo na legislação penal brasileira. **Revista Videre**. Dourados, ano 2, n. 3, p. 137-159, Jan./Jun. 2010. Disponível em: <http://www.periodicos.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/viewFile/885/pdf_27>. Acesso em: 10 ago. 2016.

MENDONÇA, Amanda Pereira. Constitucionalidade de medidas afirmativas às mulheres. A desigualdade de gêneros como pressuposto da limitação ao acesso à justiça às mulheres. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. [S.L.], ano 2, n. 3, p. 59-79, 2016. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/3/2016_03_0059_0079.pdf>. Acesso em: 05 set. 2016.

MENEGHEL, Stela Nazareth; HIRAKATA, Vânia Naomi. FEMICÍDIOS – Mortalidade por agressão em mulheres no Brasil. In: Seminário “Fazendo Gênero 9: Diásporas, Diversidades, Deslocamentos.”, 23 a 26 de agosto de 2010, Florianópolis. In: **Anais eletrônicos**. Florianópolis: UFSC, 2010. Disponível em: <http://www.fazendogenero.ufsc.br/9/resources/anais/1276533377_ARQUIVO_FEMICIDIOS.pdf>. Acesso em: 05 set. 2016.

MEXICO. Presidencia da Republica. **Código Penal Federal, de 14 de agosto de 1931**. Atualizado. Disponível em: <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s=>>. Acesso em: 07 ago. 2016.

NICARAGUA. Presidencia de la Republica. **Ley nº 779, de 20 de junio de 2012**. Ley Integral Contra La violencia Hacia Las Mujeres y de Reformas a La Ley no. 642, Código Penal. Disponível em: <[http://legislacion.asamblea.gob.ni/SILEG/Iniciativas.nsf/0/8f45bac34395458c062578320075bde4/\\$FILE/Ley%20No.%20779%20Ley%20Integral%20contra%20la%20Violencia.pdf](http://legislacion.asamblea.gob.ni/SILEG/Iniciativas.nsf/0/8f45bac34395458c062578320075bde4/$FILE/Ley%20No.%20779%20Ley%20Integral%20contra%20la%20Violencia.pdf)>. Acesso em: 07 ago. 2016.

OFICINA EN MÉXICO DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (OACNUDH). **Feminicidio**. Organizado por Vasquez, Patsili Toledo. México, 1ª ed., 2009. p. 27. Disponível em: <http://www.infosal.uadec.mx/derechos_humanos/archivos/15.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Aprovação de projeto de lei do Feminicídio é avanço para enfrentar aumento de assassinato de mulheres**. [S.L.], 04 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/?noticias=aprovacao-do-projeto-de-lei-do-feminicidio-e-avanco-para-enfrentar-aumento-de-assassinatos-de-mulheres-diz-onu-mulheres-brasil>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

_____. **Poner fin a la violencia contra la mujer** – De las palabras a los hecho, p. 81. Disponível em: <http://www.un.org/womenwatch/daw/public/VAW_Study/VAW-Spanish.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2016.

PAES, Mariana Armond Dias. Inclusão do Feminicídio no Código Penal é uma questão de Igualdade e gênero. **Consultor Jurídico (Conjur)**. [S.L.], 10 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-10/mariana-paes-feminicidio-questao-igualdade-genero>>. Acesso em: 05 set. 2016.

PANAMÁ. La Asamblea Nacional. **Ley 92, de 24 de outubro de 2013**. Adopta medidas de prevención contra la violencia em las mujeres y reforma el Codigo Penal para tipificar el femicídio y sancionar los hechos contra la mujer. Disponível em: <<http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/95689/112753/F2046343888/PAN95689.pdf>>. Acesso em: 07 ago. 2016.

PASINATO, Wânia. “Femicídios” e as mortes de mulheres no Brasil. **Cadernos PAGU**. Campinas/SP, n. 37, p. 219-246, Jul./Dez. 2011. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wpcontent/uploads/2014/04/PASINATO_Femicidios2011.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2016.

PERU. Congreso de La Republica. **Decreto Legislativo nº 635 de 08 de abril de 1991**. Código Penal. Disponível em: <<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>>. Acesso em: 07 ago. 2016.

_____. Congreso de La Republica. **Ley nº 29.819, de 27 de diciembre de 2011**. Ley que modifica el artículo 107 del Código Penal, incorporando el Femicidio. Disponível em: <<http://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgcvlg/legisnacional/ley29819.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2016.

SABADELL, Ana Lucia. Violência Contra a Mulher e o Processo de Juridificação do Femicídio. Reações e Relações Patriarcais no Direito Brasileiro. **Revista EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 168-190, mar. 2016. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/100601/violencia_contra_mulher_sabadell.pdf>. Acesso em: 05 set. 2016.

VENEZUELA. Asamblea Nacional. **Ley de reforma de la Ley orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia**. Disponível em: <http://www.mp.gob.ve/c/document_library/get_file?uuid=a510a7e3-df74-4372-9e29-8448976f355f&groupId=10136>. Acesso em 08 ago. 2016.

reflexão sobre a possibilidade da mediação e conciliação extrajudicial no tabelionato de notas

Bárbara Körbes Hartmann

Acadêmica do curso em Direito da Universidade Feevale. E-mail: babi.hartmann@gmail.com.

Lisiana Carraro

Mestre em Direitos Fundamentais (ULBRA),
Doutoranda em Direitos Diversidade e Inclusão
Social (Universidade Feevale). Docente do Curso
de Graduação em Direito da Universidade Feevale.
E-mail: lisiana.carraro@feevale.br.

INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda os institutos da mediação e a conciliação, como meios alternativos da solução de conflitos e sua importância para uma devida solução de controvérsias através da pacificação e da busca do diálogo. Por meio da análise da mediação e conciliação, bem como, da atual realidade do cenário judiciário brasileiro, verifica-se que há muitas possibilidades positivas que visam à paz social e também a resolução dos litígios. Ressalta-se ainda, o estimo ao notário e seus tabelionatos, que auxiliam diretamente o Poder Judiciário em relação aos atos praticados em suas serventias.

O Poder Judiciário atualmente tem uma sobrecarga de demandas que preocupam a todos e deixam muitas vezes de cumprir com o seu objetivo, em virtude do vagaroso tempo na solução dos processos. Cabe a reflexão de uma nova sistemática prática para a solução dos conflitos. Já conhecidos, os institutos da mediação e da conciliação trazem benefícios ricos para a sociedade e suas demandas. Atualmente, os serviços notariais cabem aos tabeliães que são dotados de fé pública e tem o dever de garantir a autenticidade, publicidade, segurança e a eficácia dos atos jurídicos.

O estudo sobre o tema foi realizado com nível de pesquisa descritiva e exploratória e os procedimentos técnicos utilizados foram a pesquisa bibliográfica e documental. Por ser um tema ainda não praticado pelas serventias extrajudiciais, houve escassez em bibliografias específicas, sendo que, a presente pesquisa contribuirá para que profissionais e acadêmicos possam refletir sobre a possibilidade da mediação e conciliação por parte do notário.

1 O USO DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO EXTRAJUDICIAL E A LEGISLAÇÃO E ORGANIZAÇÃO DOS TRIBUNAIS NAS CÂMARAS PRIVADAS DE MEDIAÇÃO

Como mecanismos de útil resultado para a sociedade, a mediação e a conciliação ganharam novos caminhos através das legislações, com isso, cria-se órgãos específicos a fim de difundir os benefícios dessas técnicas.

Como um efeito positivo e de suma relevância para a sociedade, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através da sua Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010, determinou a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) e também apresentou a previsão da criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), que tem como objetivo e incumbência de realizarem sessões de conciliação e de mediação, ambas na fase pré processual, tais sessões são realizadas e dirigidas por conciliadores e mediadores que devem ser credenciados junto ao Tribunal.¹

¹ PEREIRA, Clóvis Brasil. Conciliação e Mediação no Novo CPC. Prolegis. Disponível em: < <http://www.prolegis.com.br/conciliacao-e-mediacao-no-novo-cpc-no-03/> >. Acesso em: 23 fev. 2016.

O terceiro facilitador, mediador, deve estar preparado para uma mudança de cultura com seriedade plena, pois com isso está sendo construída uma sociedade melhor, que tenha uma convivência saudável e trazendo para as partes a responsabilidade frente as suas condutas. Michelon afirma que “em um país legalista como o nosso, o indivíduo passa a responsabilidade para o Estado e ele resolve, quando na verdade, nós que devemos assumir essa responsabilidade na busca da resolução”.²

Rodovalho afirma que “o Brasil precisa de medidas no sentido de desenvolver e democratizar, cada vez mais, o uso da mediação no país” sendo isto através de métodos que aproximam as partes e o relacionamento entre elas e para isto há ótimos exemplos e boas experiências de países que tornaram a mediação como obrigatória, assim como o caso do Canadá, conforme dados estatísticos:

Assim, em Ontário, por exemplo, onde há hipóteses de mediação obrigatórias, as estatísticas revelam 40% de acordo nas mediações obrigatórias, além de 10% a 20% de acordos parciais. Embora os percentuais de acordos celebrados nas mediações voluntárias sejam maiores (70% a 80% de acordos), os índices obtidos nas mediações obrigatórias não são desprezíveis. Além disso, mesmo quando o acordo não é atingido, a mediação melhora o relacionamento futuro das partes e facilita também que haja um acordo no futuro.³

É perceptível que a mediação é desconhecida por diversos profissionais, inclusive por advogados em geral, tendo muitos destes o receio e o prejulgamento de que a mediação trata-se de uma terapia, o que é ilusório, pois muito pelo contrário, a mediação é “a utilização de uma técnica ministrada por um profissional multidisciplinar, transdisciplinar ou interdisciplinar, baseada na negociação cooperativa entre os seus clientes”⁴ o que diverge totalmente de uma terapia.

Neste sentido, Vezzulla diferencia a terapia da mediação, afirmando que o terapeuta escuta com seus parâmetros, já o mediador não apresenta seus diagnósticos frente a parâmetros pré-estabelecidos, o mediador escuta os envolvidos com uma perspectiva livre, no qual as próprias partes estabelecem os seus parâmetros. O poder do mediador é enorme, mas ele não pode usar esse poder sobre si mesmo, devendo ser muito humilde, tendo um trabalho a ser vivido nas sombras, na qual, as partes devem perceber e conceber que são os seus próprios protagonistas, e não focar no mediador em si.⁵

² MICHELON, Regina Maria Coelho. Mediação Extrajudicial. Palestra proferida no X Encontro Notarial e Registral do Rio Grande do Sul. Canela: 15 de abril de 2016.

³ RODOVALHO, Thiago. Canadá é um bom exemplo do uso da mediação obrigatória. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-24/thiago-rodovalho-canada-bom-exemplo-mediacao-obrigatoria>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

⁴ BRAGA, Adolfo Braga Neto. Os advogados, os conflitos e a mediação. In: OLIVEIRA, Angela (Coord.). Mediação: métodos de resolução de controvérsias. São Paulo: LTr, 1999, p. 95.

⁵ VEZZULLA, Juan Carlos. Oficina de Aspectos Práticos da Mediação de Conflitos. Palestra proferida na AJURIS-Escola Superior da Magistratura. Porto Alegre: 19 de abril de 2016.

Como forma de abarcar e abranger mais a mediação e a conciliação, a Lei da Mediação trouxe a previsão da criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos no âmbito dos respectivos órgãos da administração Pública. Para Donizetti a nova legislação revela uma forte tentativa para que esses mecanismos consensuais de resolução de litígios sejam cada vez mais aperfeiçoados e destaca que “os conciliadores e os mediadores são peças fundamentais dessa nova disciplina, pois é através deles que o legislador buscou disseminar a cultura do diálogo e da pacificação social, em detrimento da cultura da sentença.”⁶

Mormente, através da Resolução nº 125/2010 do CNJ, e posteriormente a Recomendação nº 50/2014⁷ do CNJ na qual recomendou aos Tribunais a realização de estudos e de ações sobre o Movimento Permanente pela Conciliação, recomendando aos seus Tribunais a abrangência ampla através dos seus NUPEMEC.

O Estado do Rio Grande do Sul criou o seu NUPEMEC, tradicionalmente conhecido como Núcleo de Mediação e Conciliação, e as Coordenadorias de Conciliação e Mediação de 1º e 2º Graus, através da Resolução n. 04/2012⁸, de 11 de abril de 2012, considerando em sua criação a disseminação dos meios alternativos da solução de conflitos, além da importante necessidade de estabelecer determinadas diretrizes sobre o tema.

A função de mediador e conciliador no Estado do Rio Grande do Sul tem regramento, critérios e diretrizes expostos na Resolução n. 05/2012,⁹ no qual prevê e dispõe sobre uma série de recomendações dos mediadores e conciliadores que estão distribuídos nos CEJUSC, em diversas Comarcas do Estado.

Frente a uma realidade de evolução da mediação e conciliação, o papel dos CEJUSC é ampliado, devido às audiências previstas na nova legislação, na qual, o juiz deverá enviar os processos para os centros, ou ainda para câmaras privadas cadastradas na tentativa de solucionar os conflitos na fase inicial, tendo assim, o Estado do Rio Grande do Sul, ampliado seu leque de CEJUSC e ainda, visando investir em parceiras e convênios com universidades, tendo mais de vinte CEJUSCS atuando no Estado, além de mais de 1.200 pessoas capacitadas a exercer a função de mediadores, conciliadores e facilitadores.¹⁰

⁶ DONIZETTI, Elpídio. Novo Código de Processo Civil comentado. São Paulo: Atlas, 2015, p. 142.

⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação n. 50, de 8 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/Recomendacao_50_CNJ.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2016.

⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Resolução n. 04/2012 de 11 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/Res_04_2012_OE.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2016.

⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Resolução n. 05/2012 de 11 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/processos/conciliacao/legislacao.html>>. Acesso em: 12. Mar. 2016.

¹⁰ RIO Grande do Sul deve receber mais 13 CEJUSCS ainda em 2015. DESJUD - Justiça sem processo. Disponível em: <<http://www.desjud.com.br/2015/10/28/rio-grande-do-sul-deve-receber-mais-13-cejuscs-ainda-em-2015/>>. Acesso em 12. Mar. 2016.

O Estado de São Paulo apresentou de forma pioneira a criação da primeira Câmara Privada de Mediação e Conciliação em março de 2016, devidamente cadastrada no Tribunal competente, conforme prevê a legislação. A primeira Câmara, intitulada Juspro, inovou através de serviços online, no qual, as audiências são realizadas tanto de forma virtual quanto presencial.¹¹

Sendo de suma importância a devida capacitação de mediadores e conciliadores, seja através da Escola Nacional de Mediação e Conciliação (ENAM), universidades ou instituições devidamente habilitadas, Sales e Chaves defendem que o próprio CNJ deveria credenciar, a fim de, fortalecer gradativamente a implementação da mediação e conciliação de conflitos, cada vez mais as universidades e instituições que tenham o desenvolvimento das capacitações, visando assim, a devida adequação da realidade de cada Tribunal em suas respectivas regiões.¹²

Com o intuito de adequar-se ao novo código, a partir do dia 18 de março deste ano, passou a funcionar o Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores, no qual foi desenvolvido pelo CNJ. O referido cadastro é disponível para as Câmaras Privadas de Mediação, NUPEMEC, CEJUSC, mediadores e conciliadores. O banco de dados do Cadastro Nacional terá informações e os contatos de mediadores de todo o Brasil, sendo que, estes deverão atender aos padrões definidos pelo CNJ. Além disso, o cadastro tem uma grande importância no que tange a escolha do mediador pelas próprias partes, com base nas avaliações de desempenho, bem como, o patamar de remuneração, e as avaliações dos trabalhos realizados estão disponíveis para a consulta pública. O CNJ ressalta que a autonomia de aceitar ou não o mediador é do tribunal, que irá agir como um administrador, avaliando e decidindo incluir ou não tal contato do mediador no banco de dados.¹³

Como medida de definir os critérios de remuneração de mediadores e conciliadores judiciais, há a discussão de uma minuta de resolução do CNJ que será levada ao plenário do CNJ para aprovação. A minuta tem previsão de cinco níveis remuneratórios e caberá ao próprio facilitador, no Cadastro Nacional, indicar em qual das faixas irá atuar, de modo que, o primeiro patamar prevê a atuação voluntária e os outros níveis divididos em básico, intermediário, avançado e extraordinário. Para cada um serão aplicados valores previstos em tabela própria, que também está sendo discutida pela CNJ. A ligação com a lei da mediação,

¹¹ ESTADO de São Paulo ganha primeira Câmara Privada de Mediação e Conciliação. Consultor Jurídico, 1º de março 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-mar-01/sp-ganha-primeira-camara-privada-mediacao-conciliacao> >. Acesso em: 12 mar. 2016.

¹² SALES, Lilia Maia de Moraes Sales; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. Mediação e conciliação judicial – a importância da capacitação e de seus desafios. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70522014000200011&lang=pt >. Acesso em: 12. mar. 2016.

¹³ CADASTRO Nacional de Mediadores e Conciliadores entra em vigor. Conselho Nacional de Justiça, Brasília, 18 de março 2016. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81837-cadastro-nacional-de-mediadores-e-conciliadores-entra-em-vigor> >. Acesso em: 21 mai. 2016.

a minuta da resolução prevê que os tribunais poderão ajustar os valores previstos na tabela, para com isso, atender as realidades locais. Ainda, os números mínimos de horas pagas irão variar de acordo com o valor da causa, por exemplo, em demandas com valor inferior a R\$500 mil o mediador terá direito a no mínimo cinco horas de mediação. A minuta ainda prevê que, de preferência, os pagamentos serão feitos ao longo do procedimento, em adiantamento as horas e ao final de cada mês, o mediador deverá encaminhar ao CEJUSC que estiver vinculado, um relatório de suas horas trabalhadas. O CNJ discute, analisando a minuta, quanto aos parâmetros de audiências não remuneradas a serem conduzidas pelas câmaras privadas de conciliação, e ainda, avaliam qual será o percentual de casos que serão encaminhados pelos CEJUSC e NUPEMEC. Desta forma, nos casos dos processos que forem deferidas as gratuidades, o CNJ prevê que os mediadores e conciliadores atuem, a título não oneroso, em no mínimo 10% dos casos encaminhados pelo Poder Judiciário.¹⁴

Vezzulla acredita que a mediação cabe em todos aqueles que desejam participar, de modo que, a mediação privada, extrajudicial, a fora do judiciário, pode elencar e abranger sobre qualquer situação, e simplesmente as partes devem querer aderir ao processo de mediação.¹⁵

Portanto, cabe ressaltar que tais procedimentos abordados anteriormente, estão sendo praticados de forma construtiva, seguindo devidamente as legislações, tanto o NCPC e também a busca pela efetiva prática através da Lei 13.140/2015 que também norteia a mediação e conciliação judicial e extrajudicial, por notários.

2 O PROVIMENTO N. 17/2013 DA CGJ-SP E A INTERVENÇÃO DA OAB/SP SOBRE O PROVIMENTO

No dia 27 de maio de 2013, o Corregedor de Justiça do Estado de São Paulo, José Renato Nalini, autorizou e implementou a mediação e a conciliação extrajudicial no Estado de São Paulo, através do Provimento da Corregedoria Geral de Justiça - CGJ Nº. 17/2013,¹⁶ oriundo do Parecer nº178/2013. O provimento apresenta em texto legal vinte artigos que possibilitam a implementação dos meios alternativos de solução de conflitos nas serventias.

¹⁴ COMISSÃO do CNJ aprova minuta de resolução sobre pagamentos de mediador. Conselho Nacional de Justiça, Brasília, 16 de maio 2016. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82339-comissao-do-cnj-aprova-minuta-de-resolucao-sobre-pagamento-de-mediadores> >. Acesso em: 21 mai. 2016.

¹⁵ VEZZULLA, Juan Carlos. Oficina de Aspectos Práticos da Mediação de Conflitos. Palestra proferida na AJURIS-Escola Superior da Magistratura. Porto Alegre: 19 de abril de 2016.

¹⁶ Tribunal de Justiça de São Paulo. Provimento 17/2013 – CGJ/SP. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/gcnPtl/abrirDetalhesLegislacao.do?cdLegislacaoEdit=109332&f1BtVoltar=N> >. Acesso em: 25 mar. 2016.

Ragazzini, Silva e Miranda apontam para o provimento como um meio possível para ampliar os espaços para que os meios consensuais sejam cada vez mais conhecidos como um meio efetivo para a solução de impasses, sobretudo àqueles de cunho patrimonial disponível e frisa ainda que, os procedimentos serão facultativos às serventias extrajudiciais após estarem aptos aos requisitos necessários, entre eles a “formação dos profissionais, ambiente adequado e comunicação prévia por escrito ao respectivo Juiz Corregedor Permanente. O ambiente deve ser reservado e discreto, devendo ser realizado o procedimento durante o horário de atendimento ao público”.¹⁷

A iniciativa do Provimento foi inédita no país e os Cartórios Paulistas com isto, tornaram-se autorizados a solucionar conflitos por meio de atos de mediação e conciliação, o que possibilitou ao cidadão escolher qualquer uma das 1.535 unidades de Tabelionato de Notas ou Protesto, Registro Civil, Registro de Imóveis e Registro de Títulos e Documentos, que se encontram distribuídos pelos municípios paulistas, sendo que para o Corregedor José Renato Nalini, “a nova normatização reflete uma realidade já exercida pelas serventias extrajudiciais”.¹⁸

No entendimento de Silva, a normatização através deste provimento permite uma comunicação alinhada entre os participantes do ato, encorajando-os ao reconhecimento da legitimidade dos interesses do outro e à busca por uma solução, de forma que, tal oportunidade irá abarcar os cartórios que estão distribuídos por todo o território, inclusive nos locais mais longínquos em que muitas vezes o cartório já realiza um trabalho de pacificação, até mesmo pela sua origem ligada aos juizados de paz. Silva conclui arguindo sobre a importância do Provimento:

Com esse Provimento, o Judiciário amplia as arenas de solução consensual de conflitos e favorece o desenvolvimento da Justiça colaborativa. Abre-se uma via aos jurisdicionados e aos advogados que terão mais um ambiente que garanta celeridade, acessibilidade e segurança jurídica para resolução de conflitos, sem a necessidade da chancela judicial.¹⁹

¹⁷ RAGAZZINI, Adriana Rolim; SILVA, Érica Barbosa e; MIRANDA, Marília Ferreira de. Conciliação e Mediação nas Serventias Extrajudiciais - primeiras impressões. Anoreg/BR, Brasília, 22 de fevereiro 2016. Disponível em: <http://anoreg.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=26485&Itemid=999> . Acesso em: 31 mar. 2016.

¹⁸ PROVIMENTO 17/2013 da CGJ-SP autoriza notários a praticarem atos de conciliação e mediação. Colégio Notarial do Brasil, Brasília, 07 de junho 2013. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZVgub3RpY2lhcw==&in=MjcxMg==>> . Acesso em: 25 mar. 2016.

¹⁹ SILVA, Érica Barbosa e. Conciliação em cartório garante celeridade. Colégio Notarial do Brasil-Conselho Federal, Brasília, 24 de julho 2013. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZVgub3RpY2lhcw==&in=Mjc4Ng==>> . Acesso em: 25 mar. 2016.

Para Chossani, o Provimento é de suma importância, ao passo que, autoriza notários e registradores a realizarem mediação e conciliação nas suas serventias, desde que o objeto trate apenas sobre direitos patrimoniais disponíveis.²⁰

O Provimento apresenta em sua redação que o acordo firmado entre as partes será um documento público e ainda, terá força de título extrajudicial, porém, a Corregedoria acabou por pecar, não seguindo o mesmo entendimento da Lei nº 11.441/2007, que trata dos atos de inventário, partilha, separação e divórcio consensual pela via extrajudicial, quanto a participação do advogado, que no Provimento 17/2013 é de forma facultativa.²¹ Tal determinação gerou certa insatisfação por parte dos advogados paulistas que de prontidão ingressaram com um Pedido de Providências junto ao Conselho Nacional de Justiça, através da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo, com o pedido devidamente protocolado. A OAB inseriu em seus pedidos a suspensão liminar que não foi acolhida pelo Conselheiro Jorge Hélio Chaves de Oliveira.²²

De antemão, frente ao pedido protocolado, a Corregedoria Geral de Justiça, do Estado de São Paulo, então prorrogou o prazo para entrar em vigência o seu Provimento, através do Comunicado CG nº652/2013, no qual, esclarece que a data passa a ser 5 de setembro de 2013, para que sejam realizadas as devidas adequações.²³

Após o claro impasse entre os entes, frente ao provimento da CGJ/SP e pedido de suspensão por parte da OAB/SP, no primeiro momento houve o não acolhimento do pedido por parte de um dos conselheiros, sendo que, posteriormente, a Conselheira Gisela Gondin Ramos acabou por conceder o pedido de liminar solicitado, tendo assim a suspensão do provimento alegando que “compete à Corregedoria Geral do TJ-SP fiscalizar, orientar, disciplinar e aprimorar os serviços notariais e registrais, mas não tem atribuição para estabelecer novas atividades, que dependeria de edição de lei.”²⁴

²⁰ CHOSSANI, Frank Wendel. Cartório – A desjudicialização mora aqui. Colégio Notarial do Brasil - Conselho Federal, Brasília, 15 de março 2015. Disponível em: < <http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZVgub3RpY2lhcw==&in=NTU4MQ==> >. Acesso em 24 mar. 2016.

²¹ SILVA, Érica Barbosa e. Conciliação em cartório garante celeridade. Colégio Notarial do Brasil-Conselho Federal, Brasília, 24 de julho 2013. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZVgub3RpY2lhcw==&in=Mjc4Ng==>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

²² A LUTA da OAB SP contra o Provimento CGJ nº17/2013. OAB SP, São Paulo, 04 de julho 2013. Disponível em: < <http://www.oabsp.org.br/noticias/2013/07/04/8857> >. Acesso em: 26 mar. 2016.

²³ CGJ-SP prorroga o Provimento CG nº13/2013. Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo, São Paulo, 25 de junho 2013. Disponível em: < <http://www.cnbsp.org.br/?pG=X19leGliZVgub3RpY2lhcw==&in=NTkyMw==&filtro=1&Data=> >. Acesso em: 26 mar. 2016.

²⁴ CNJ concede liminar contra mediação e conciliação em cartórios. Ordem dos Advogados do Brasil 3ª Subseção Campinas, Campinas, 27 de agosto 2013. Disponível em: < <http://oabcampinas.org.br/site/cnj-concede-liminar-contramediacao-e-conciliacao-em-cartorios/> >. Acesso em: 26 mar. 2016.

Atualmente o Provimento encontra-se suspenso, porém, conforme veremos a seguir, a Lei 13.140/2015 trouxe a previsão da mediação extrajudicial como uma possibilidade a ser introduzida na esfera notarial ou registral.

3 A VIABILIDADE PRÁTICA DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO PRATICADA POR NOTÁRIOS

A mediação e a conciliação são componentes importantes dentro de uma justiça que visa pacificação social e possibilita maiores oportunidades dentro de uma forma eficaz de resolução de conflitos, na qual, desarma os espíritos e proporciona a continuidade das relações sociais, ainda sob esse entendimento Andrighi afirma que:

A adoção de formas alternativas de solução de conflitos está abrindo portas de esperança para todos os segmentos sociais e, sem dúvida alguma, realizará o sonho de liberdade e de ampliação da cidadania. Que o nosso tempo seja lembrado pelo despertar de uma nova reverência face à vida, pelo compromisso firme de alcançar a pacificação social, sem jamais olvidar que tal propósito requer uma mudança na mente e no coração. Requer um novo sentido de se pensar a humanização da Justiça.²⁵

Como defesa de toda a sobrecarga dos tribunais, através de seus volumes de ações, custos elevados, excesso de formalismos, multiplicação de litígios através de incontáveis recursos, que geram morosidade na justiça, os meios alternativos de resolução de conflitos, com suas multiportas, podem ampliar o princípio constitucional de acesso à justiça.²⁶

Deste modo, surge a oportunidade do exercício da mediação e conciliação através dos notários em suas atividades, por apresentarem notório saber jurídico, dotados de fé pública e terem grande confiança por parte da sociedade, conforme apontou pesquisa realizada pelo Instituto Datafolha, no final de 2015, na qual os entrevistados elegeram os cartórios, em suas atividades extrajudiciais, como a instituição mais confiável do país, a pesquisa ainda indicou os cartórios com melhor nota na avaliação dos serviços públicos.²⁷

²⁵ ANDRIGHI, Fátima Nancy. Formas alternativas de solução de conflitos. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, v. 100, mar. 2015, p. 21.

²⁶ BRITO, Gilton Batista. O acesso à Justiça. A teoria da Mediação e a Resolução 125/2010 do CNJ. Revista da EJUSE / Escola Judicial do Estado de Sergipe. Aracaju, n. 20, 2014, p. 116.

²⁷ CONFIANÇA dos brasileiros nos cartórios é destaque em pesquisa do Datafolha. Colégio Notarial do Brasil - Conselho Federal. Brasília, 22 de março 2016. Disponível em: < <http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZVgub3RpY2lhcw%3D%3D&in=NzloOQ%3D%3D> >. Acesso em: 25 mar. 2016.

É primordial ressaltar que a função notarial surge nos primórdios da civilização, tendo sua origem remetida à antiguidade, comprovada então a relação já na história egípcia, através dos escribas, na qual eram figuras de grande valor para a sociedade da época, pois exerciam uma função burocrática na organização estatal egípcia em que a administração era baseada em seus textos escritos, como contratos, que eram ao fim, assinados pelos escribas e após a assinatura deste, nada poderia ser acrescido.²⁸ Os contornos atuais do notário conhecido hoje, se dá durante o Império Romano, na qual Tabellios “era o profissional que redigia e conservava testamentos e outros instrumentos privados” e durante o Império Romano era a forma de documentar as conquistas, os negócios e com isso, permitir a circulação controlada de pessoas e documentos.²⁹

Silveira alega que a função notarial, sendo esta uma das atividades mais antigas, tem o objetivo de acolher, com a devida segurança e garantia jurídica, as pretensões dos sujeitos de direito para o bem comum.³⁰

Com um vasto legado, o notário tem atualmente a sua previsão na Constituição Federal, no artigo 236³¹, no qual estabelece que os serviços notariais e os de registros serão exercidos em caráter privado através da delegação do poder público, sendo assim, tal artigo anuncia em seus parágrafos que haverá lei específica que regulará as atividades, lei federal para a fixação de emolumentos e quanto ao concurso público de provas e títulos para o exercício da atividade.

A lei que dispõe sobre as atividades do notário é a de nº 8.935/1994, conhecida como a Lei dos Cartórios, que regulamentou o dispositivo constitucional e define que o Notário, ou tabelião, é dotado de fé pública, no qual é delegado o exercício da atividade notarial, conforme prevê o artigo 3º³² da lei, além do Código Civil que enumera diversos dispositivos que tratam dos requisitos dos atos notariais ou da obrigatoriedade da forma pública³³. Quanto à questão da delegação, Melo aponta:

²⁸ SANTOS, Márcia Elisa Comassetto dos. Fundamentos teóricos e práticos das funções notarial e registral imobiliária. Porto Alegre: Norton Editor, 2004, p. 21.

²⁹ RODRIGUES, Felipe Leonardo; FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; Cassettari, Christiano (Coord.). Tabelionato de Notas. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 16.

³⁰ SILVEIRA, Luciano Cardoso. A efetivação da desjudicialização através da mediação extrajudicial e da confiança notarial em prol da pacificação social. Colégio Notarial do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 06 de abril 2016. Disponível em: < http://www.colegionotarialrs.org.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=4396:06042016-artigo-juridico-a-efetivacao-da-desjudicializacao-atraves-da-mediacao-extrajudicial-e-da-confianca-notarial-em-prol-da-pacificacao-social&catid=58:colégio-notarial-do-brasil-secao-rs-&Itemid=187> . Acesso em: 07 abr. 2016.

³¹ “ Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.” Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

³² “Artigo 3º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.” Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios).

³³ RODRIGUES, Felipe Leonardo; FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; Cassettari, Christiano (Coord.). Tabelionato de Notas. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 24.

Delegar consiste em atribuir atividade própria da administração a um ente privado ou público; sendo assim, conclui-se – pela análise dos referidos textos – que as atividades notarial e de registro são públicas por excelência. Elas são exercidas, contudo, em caráter privado por particulares investidos na função pública por delegação.³⁴

Quanto a fé pública, que o notário é dotado, é convicto afirmar-se que é um “processo cuja meta é a autenticidade para resguardar a veracidade, segurança e eficácia social e jurídica”, no qual, tem elementos específicos para se caracterizar como fé pública, são eles a lei autorizadora, no qual é imposto pelo Estado, a competência do profissional e, por fim, o valor social, todos estes remontam para a importância e valor pleno da fé pública dos notários.³⁵

A atividade notarial no Brasil é de natureza federal, mas cada Estado possui suas normas técnicas sobre os aspectos relevantes as suas funções e quanto a realização de alguns atos, seguindo as peculiaridades de cada Estado brasileiro. O exemplo do Rio Grande do Sul se dá através da Consolidação Normativa Notarial e Registral, expedido pela Corregedoria Geral da Justiça, pelo Provimento 1/98-CGJ, sendo atualizada anualmente por novos provimentos.³⁶

A atuação do tabelião vem se expandindo através da evolução legislativa e o legislador federal reconhece que são profissionais adequados, em virtude de toda a tradição e independência jurídica, para colaborar na “solução mais célere de diversas questões, sem que se prescindia da segurança jurídica e da eficácia”.³⁷

³⁴ MELO, Marcelo Augusto Santana de. A qualificação registral como tutela preventiva de conflitos. Revista de Direito Imobiliário. v. 68, jan-jun. 2010, p. 03. Disponível em: < <http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad6007a00000153ba0c8d42e6b766eb&docguid=lgfed9feof25011dfab6f01000000000&hitguid=lgfed9feof25011dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=228&context=4&startChunk=1&endChunk=1> >. Acesso em: 27 mar. 2016.

³⁵ RODRIGUES, Felipe Leonardo; FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; Cassettari, Christiano (Coord.). Tabelionato de Notas. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 17.

³⁶ MATOS, Juliana Aparecida. Tabelionato de Notas: A ascensão jurídica e social do serviço notarial na comunidade. Porto Alegre: Norton Editor, 2010, p. 32.; SANTOS, Márcia Elisa Comassetto dos. Fundamentos teóricos e práticos das funções notarial e registral imobiliária. Porto Alegre: Norton Editor, 2004, p. 21.

³⁷ SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Noções fundamentais de direito registral e notarial. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 223.

Fischer afirma que “o notário colhe a vontade das partes, interpreta-as à luz da moral, da justiça e da lei e propõe a solução de maior conveniência sob o aspecto jurídico”³⁸ seguindo a interpretação referente aos artigos 562, “b”,³⁹ que, refere-se a função notarial e 563, I⁴⁰, quanto à competência, conforme descrito na Consolidação Normativa Notarial e Registral do Estado do Rio Grande do Sul.

Sob o entendimento de Poisl, o tabelião é um profissional do direito, sendo que o direito é uma ciência e quem pratica a ciência do direito é um jurista, com isso o notário é um jurista que “deve, obrigatoriamente, conhecer os princípios que regem o direito como um todo e, por ser tabelião, aqueles que regem o direito notarial em particular”.⁴¹

O notário, além de ser um profissional do direito, é titular de uma função pública, nomeado pelo Estado e como consequência a função notarial é uma função pública, tendo assim o notário a autoridade de Estado, sendo exercida de forma imparcial e independente, no qual, Rodrigues e Ferreira ainda conceituam a função notarial:

Esta função notarial se estende a todas as atividades não contenciosas, confere ao usuário segurança jurídica, evita possíveis litígios e conflitos, que podem ser resolvidos por meio do exercício da mediação jurídica. É um instrumento indispensável à administração de uma justiça eficaz.⁴²

Com a ascensão do NCPC, sua previsão aponta para a possibilidade de designação de mediadores extrajudiciais independentes para a tentativa da resolução de conflitos, tal dispositivo vem relacionado com a lei nº 13.140 de 2015, na qual, apresenta como requisito a capacitação do mediador ou conciliador

³⁸ FISCHER, José Flávio Bueno. Desconhecimento do papel do notário e a importância da publicidade institucional. Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal, Brasília, 27 de novembro 2015. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZVgub3RpY2lhcw==&in=NjY3MA==&filtro=&Data=>>. Acesso em: 07 abr. 2016.

³⁹ “Artigo 562 – Ao Tabelião é atribuída a função de: b) colher, interpretar e formalizar juridicamente a vontade das partes;” Consolidação Normativa Notarial e Registral do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/legislacao/estadual/doc/CNNR_CGJ_Janeiro_2016_Provimento_002_2016.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2016.

⁴⁰ “Artigo 563 – Compete ao Tabelião: I – formalizar juridicamente a vontade das partes;” Consolidação Normativa Notarial e Registral do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/legislacao/estadual/doc/CNNR_CGJ_Janeiro_2016_Provimento_002_2016.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2016.

⁴¹ POISL, Luiz Carlos. Doutrina Notarial. Colégio Notarial do Brasil-Conselho Federal, Brasília, 15 de abril 2014. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZVgub3RpY2lhcw==&in=Mzc5Ng==&filtro=9&Data=>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

⁴² RODRIGUES, Felipe Leonardo; FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; Cassettari, Christiano (Coord.). Tabelionato de Notas. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 29.

indicado e ainda, a confiança que as partes depositam nele, na qual, o tabelião já teria sua função jurídica propriamente capacitada e as partes teriam a sua opção de escolha.⁴³

Para Guércio Neto, o tempo e a paz são tesouros valiosos na sociedade moderna, sendo que os tabeliões proporcionam tranquilidade e segurança jurídica em suas atribuições. A nova atribuição legal para os notários estaria ratificando a confiança já depositada em outros atos legais previstos, como a Lei nº 11.441/2007 que viabilizou a lavratura de escrituras públicas de separação, divórcio e inventário. Com o intuito de prover a desjudicialização, a solução de controvérsias colabora para as inúmeras vantagens da mediação e seu procedimento célere, na qual, “após uma boa conversa, conduzida pelo tabelião e sua equipe, na condição de mediadores, as partes poderão concluir um acordo, em que, todos cedam um pouco. Em tese, é mais benéfico do que uma longa e infrutífera demanda no poder judiciário”.⁴⁴

É neste caminho, da devida desjudicialização dos conflitos, assim como fez a Lei nº 11.441, que o Tabelião de Notas estará cumprindo e zelando com a sua função estipulada na Lei nº 8.935, em seu artigo 1º⁴⁵, que é a segurança e a eficácia dos atos jurídicos, também agora, cobertos pela mediação extrajudicial, pela Lei da Mediação.⁴⁶

Brandelli indica o notário como tendo, no exercício de sua função, o dever de sempre ter em mente a prevenção de litígios, e ressalta:

O tabelião só atua onde não há lide, onde há consenso, e atua garantindo a relação do ponto de vista jurídico, prevenindo assim que a lide venha a surgir no futuro, ou fazendo com que, caso surja a lide, seja ela de mais fácil resolução, graças à intervenção qualificada feita pelo notário.⁴⁷

⁴³ O NOVO CPC: implicações na atividade notarial e registral I. Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal, Brasília, 23 de março 2016. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZVgub3RpY2lhcw%3D%3D&in=NzI1NQ%3D%3D&filtro=9&Data>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

⁴⁴ GUÉRCIO NETO, Arthur Del. Mediação no Cartório. Colégio Registral do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 05 de fevereiro 2016. Disponível em: <<http://www.colegioregistrals.org.br/publicacoes/doutrinaCompleta?id=31379>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

⁴⁵ “Artigo 1º Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.” Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios).

⁴⁶ SILVEIRA, Luciano Cardoso. A efetivação da desjudicialização através da mediação extrajudicial e da confiança notarial em prol da pacificação social. Colégio Notarial do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 06 de abril 2016. Disponível em: <http://www.colegionotariars.org.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=4396:06042016-artigo-juridico-a-efetivacao-da-desjudicializacao-atraves-da-mediacao-extrajudicial-e-da-confianca-notarial-em-prol-da-pacificacao-social&catid=58:colégio-notarial-do-brasil-secao-rs-&Itemid=187>. Acesso em: 07 abr. 2016.

⁴⁷ BRANDELLI, Leonardo. Teoria geral do direito notarial. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 132.

No entendimento de Souza, o tabelião atua preventivamente, no qual evita os litígios com a orientação cabível e a respectiva lavratura adequara nos instrumentos notariais e também “participa da solução de conflitos já instaurados e que admitem composição na via extrajudicial”⁴⁸ e conclui afirmando:

Verifica-se, portanto, uma tendência de afastar do Poder Judiciário conflitos que comportem outro meio de solução. A morosidade do Poder Judiciário, já bastante assoberbado, e o custo do acesso à justiça incrementam as atividades que permitem aos interessados ver suas questões decididas sem intervenção do Poder em foco, que deve ser reservado para decidir conflitos em que seu atuar seja imprescindível.⁴⁹

A relação entre o primeiro princípio, elencado no artigo 2º⁵⁰ da Lei da Mediação, e um dos mais importantes princípios do notário está à imparcialidade, que é de suma importância para a eficácia de uma mediação extrajudicial. O tabelião deve conduzir a sua atividade de forma absolutamente imparcial, tendo seu atendimento com a igualdade frente a todas as partes envolvidas, sendo então, um terceiro imparcial, tratando as partes de maneira igual e sem distinção.⁵¹

Nota-se que a imparcialidade dos notários é muito relevante, tendo em vista que, muitos Estados se ocuparam com esta questão e estabeleceram em suas normas, através das Corregedorias Gerais de Justiça como um dever do tabelião que deve ser observado e cumprido.⁵²

Silveira afirma que o tabelião é um “escultor, conciliador, mediador e qualificador jurídico imparcial da vontade do espírito humano”, sendo sua atividade de máxima confiança para a sociedade e ainda, enobrece a função do notário:

⁴⁸ SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Noções fundamentais de direito registral e notarial. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 178.

⁴⁹ SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Noções fundamentais de direito registral e notarial. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 222.

⁵⁰ “Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador; “Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

⁵¹ BRANDELLI, Leonardo. Teoria geral do direito notarial. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 133.

⁵² FISCHER, José Flávio Bueno; ROSA, Karin Regina Rick. Atividade Notarial como garantia da ordem contratual. Colégio Notarial do Brasil-Conselho Federal, Brasília, outubro 2004. Disponível em: < <http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MzQyMw==&filtro=9&Data=> >. Acesso em: 10 abr. 2016.

A prudente função do notário consiste em dar objetivamente certeza jurídica ao elemento volitivo das pessoas através da transposição de suas respectivas vontades materiais para o instrumental meio notarial, sendo realmente um importante instrumento para a rápida e eficaz realização do Direito e da Justiça (opção segura e confiável), conferindo publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos.⁵³

Com a aprovação da referida Lei da Mediação, as disposições no NCPC e a já conhecida Resolução 125 do CNJ, as possibilidades do uso da mediação são ampliadas de forma gradativa e positiva, entretanto, o uso da mediação não necessita somente de um ordenamento legal, mas sim, a mediação deve ser voluntária, pois, não é possível nem viável obrigar as partes a mediar. Com isso, a busca da mediação não significa para as partes “abrir mão de seus direitos, nem do seu encaminhamento e aconselhamento pelo advogado, sinal de fraqueza, incompetência ou desídia”, muito pelo contrário, a busca do entrosamento está em total harmonia com os mais ilustres princípios da ética, profissionalismo, humanidade, civilidade, economia, racionalidade e modernidade.⁵⁴

Michelon visualiza que a mediação possa ser incorporada na atividade notarial, na qual, o notário e seus prepostos verificarão a situação de conflituosa e já poderão aplicar a mediação, bem como prevendo nos contratos e nas escrituras públicas uma cláusula ou ressalva, para que no caso de controvérsias seja já prevista a mediação como o meio de busca de solução. Ainda, prevê mediação de forma vasta e ampla em suas duas modalidades, judicial e extrajudicial, em que, na primeira, o juiz designará o tabelionato a realizar as mediações judiciais em suas serventias, já a outra maneira, seria o próprio tabelião oferecer esse serviço a sua comunidade, inserindo a mediação extrajudicial como mais um serviço prestado.⁵⁵

Com isso, fica evidenciado a clara relação entre a função notarial e a mediação, relacionando-se com uma visão moderna do direito, no qual, para ser considerado eficiente deve poder contar com procedimentos e instituições que tem o objetivo de resolver os conflitos e assim, a função dos notários, em muitos de seus aspectos se assemelham com a função do mediador, inclusive de maneira latente a conduta de imparcialidade e a atribuição da confiança pública nele depositada para a devida prestação de serviço oferecida aos particulares. Portanto, não há como negar que o notário realizando a tarefa acautelatória irá

⁵³ SILVEIRA, Luciano Cardoso. A efetivação da desjudicialização através da mediação extrajudicial e da confiança notarial em prol da pacificação social. Colégio Notarial do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 06 de abril 2016. Disponível em: < http://www.colegionotarialrs.org.br/site/index.php?option=com_ >. Acesso em: 07 abr.

⁵⁴ VOLPI, Angelo. A mediação e os advogados. Colégio Notarial do Brasil-Conselho Federal, Brasília, 03 de novembro 2015. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X1gleGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NjU4NA==>>. Acesso em: 07 abr. 2016.

⁵⁵ MICHELON, Regina Maria Coelho. Mediação Extrajudicial. Palestra proferida no X Encontro Notarial e Registral do Rio Grande do Sul. Canela: 15 de abril de 2016.

contribuir e muito para a harmonia e a paz social, uma vez que lhe é conferido confiança para tal. A atribuição de fé pública irá conferir a autenticidade dos atos por ele conduzidos.⁵⁶

Volpi afirma que a mediação é apresentada nas duas formas, judicial e extrajudicial. A judicial está prevista no NCPC e pode ser feita por qualquer pessoa que as partes escolham, posto que, nesta os tabeliães poderiam se habilitar para a realização também das mediações judiciais, sendo designados pelos tribunais ou ainda escolhidos pelas partes⁵⁷, já nas mediações extrajudiciais estão claramente previstas no artigo 42⁵⁸ da referida Lei da Mediação.

No entendimento de Michelin, a viabilidade da mediação ser oferecida pelos notários deve seguir alguns passos importantíssimos, sendo o primeiro ponto a capacitação e preparação das pessoas, com técnicas e metodologias que devem ser atendidas pelos facilitadores.⁵⁹

Braga cita que, infelizmente, há afirmações temerosas no patamar de que a atividade do mediador venha a acarretar certo prejuízo de mercado dos profissionais de direito, mais precisamente do advogado e esclarece de forma plausível:

Os serviços prestados por todos os profissionais da área do direito são imprescindíveis, em especial os advogados, que em qualquer momento do procedimento da mediação, são indispensáveis, desde a entrevista prévia, até a assinatura formal do acordo, momento de encerramento do procedimento adotado. A mediação nunca será bem sucedida se não contar com a assessoria dos advogados.⁶⁰

O advogado tem como dever, conforme o seu Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, o de estimular conciliação, e também a mediação, entre os litigantes, sendo de suma relevância seu envolvimento mútuo e contínuo quando solicitado pelas partes. Este profissional do direito, agindo

⁵⁶ SANDER, Tatiane. O notário como instrumento de mediação do direito e como agente da paz social. Colégio Notarial do Brasil-Conselho Federal, Brasília. Disponível em: < <http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZVgub3RpY2lhcw==&in=MzQ1Mg==&filtro=9&Data=> >. Acesso em: 10 abr. 2016.

⁵⁷ VOLPI, Angelo. Mediação Extrajudicial. Palestra proferida no X Encontro Notarial e Registral do Rio Grande do Sul. Canela: 15 de abril de 2016.

⁵⁸ "Artigo 42. Aplica-se esta Lei, no que couber, às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares, e àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências." Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

⁵⁹ MICHELON, Regina Maria Coelho. Mediação Extrajudicial. Palestra proferida no X Encontro Notarial e Registral do Rio Grande do Sul. Canela: 15 de abril de 2016.

⁶⁰ BRAGA, Adolfo Braga Neto. Os advogados, os conflitos e a mediação. In: OLIVEIRA, Angela (Coord.). Mediação: métodos de resolução de controvérsias. São Paulo: LTr, 1999, p. 97.

como mediador, deve conter as partes sem dominá-las, ajudando na passagem de um conflito que é extremo e desesperado para uma diferença reconciliável e ainda, deve ser capaz de analisar o drama da disputa apresentada sem perder a habilidade de reflexão e, além disso, sem tomar partido.⁶¹

No exercício da mediação, o profissional da advocacia, é assistente e consultor, diferente da esfera judicial que tem natureza adversarial, em que ele é o mandatário, representante e poderá nesta esfera falar pelo nome da parte. Na mediação o advogado deverá “assumir uma postura cooperativa no sentido de auxiliar no alcance dos objetivos das partes e da mediação.”⁶² A perspectiva da importância deste profissional é absolutamente sensata, proporcionando benefício frente à conscientização de um papel a ser assumido e aplicado.

Como uma questão postural o profissional do direito deve ver além do que parece, pois, pode e deve ter um papel fundamental “na escolha do processo, na persuasão do advogado da parte contrária a participar, na seleção do prestador do serviço, no apoio ao cliente” sendo originário de sua postura o diferencial adaptado as técnicas de mediação.⁶³

Pereira cita sua perspectiva quanto à postura dos advogados frente ao NCCP:

Aos advogados, muitos dos quais resistentes a essas modalidades de solução de conflitos, restará se adaptarem e criarem mecanismos próprios, ou em parcerias, cercando-se de profissionais especializados de outras áreas do conhecimento (psicólogos, assistentes sociais, terapeutas de família, dentre outros), para o melhor desempenho da atividade profissional.⁶⁴

A missão de convencimento das partes, para o acolhimento do conflito e o controle pessoal de maneira cooperativa, não necessariamente é papel do mediador, mas sim, deve ser iniciada pelo advogado, que já é regido através de seu Código de Ética profissional, tendo em vista que este buscaria a mediação em todas as etapas do processo, não somente no escopo do conflito, e Volpi reforça:

⁶¹ GALANO, Mónica Haydee. Mediação – Uma nova mentalidade. In: OLIVEIRA, Angela (Coord.). Mediação: métodos de resolução de controvérsias. São Paulo: LTr, 1999, p. 103.

⁶² MUNIZ, Tânia Lobo. O advogado no processo de mediação. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 347.

⁶³ MUNIZ, Tânia Lobo. O advogado no processo de mediação. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 340.

⁶⁴ PEREIRA, Clóvis Brasil. Conciliação e Mediação no Novo CPC. Prolegis. Disponível em: < <http://www.prolegis.com.br/conciliacao-e-mediacao-no-novo-cpc-no-03/> >. Acesso em: 23 fev. 2016.

A construção de acordos mediados, seja previamente por profissionais autônomos, tabeliães ou no decorrer do processo irá demonstrar a boa-fé, civilidade e comprometimento com a busca de solução. Essa atitude deve levar em conta que o relacionamento entre as partes não deve se exaurir com a sentença, que fatalmente desagrade um ou comumente ambos.⁶⁵

A fim de oportunizar as partes envolvidas a máxima segurança jurídica, Volpi afirma que é fundamental a participação dos advogados nas mediações extrajudiciais em tabelionatos de notas, assim como já são realizados os atos como os advogados sendo intervenientes nas escrituras atualmente lavradas.⁶⁶

Acreditando ser uma maneira de diluir, praticar e vivenciar a mediação, os advogados são peças-chaves nas mediações realizadas no âmbito extrajudicial, uma vez que, estarão cumprindo com seu compromisso de expor, explicar e elucidar para os envolvidos a importância real da mediação e assim exemplificando e estimulando a possibilidade de acordos e com isso, gradativamente trabalhando na mudança cultural quanto à solução de litígios resolvida por um terceiro.⁶⁷

Portanto é nitidamente concebível que o notário, no uso de sua função e dotado de fé pública, possa vir a realizar a mediação extrajudicial em suas serventias, uma vez que a lei devidamente regulamenta e com isso, poderão vir a se capacitar devidamente, cadastrar nos órgãos competentes e com isso, prestar mais um serviço para a sociedade, com conhecimento, segurança e qualidade, visando uma mediação eficaz para quem a busca.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebeu-se que com a devida regulamentação, por parte dos órgãos fiscalizadores – a Corregedoria Geral de Justiça ou o Conselho Nacional de Justiça-, os notários poderão exercer a atividade em suas serventias, de modo a somar grandemente na busca da pacificação social através da mediação, no qual, deverá ter a devida adequação por parte de todos, através da devida capacitação de mediadores.

Com a atribuição da mediação no âmbito das atividades do notário, as vantagens são inúmeras, a começar pela satisfação mútua das partes, pois quem resolve o problema são os próprios protagonistas, as partes. Nitidamente o Poder Público ganha com essa atividade extrajudicial, pois baixam os custos fixos

⁶⁵ VOLPI, Angelo. A mediação e os advogados. Colégio Notarial do Brasil-Conselho Federal, Brasília, 03 de novembro 2015. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZVgub3RpY2lhcw==&in=NjU4NA==>>. Acesso em: 07 abr. 2016.

⁶⁶ VOLPI, Angelo. Mediação Extrajudicial. Palestra proferida no X Encontro Notarial e Registral do Rio Grande do Sul. Canela: 15 de abril de 2016.

⁶⁷ VEZZULLA, Juan Carlos. Oficina de Aspectos Práticos da Mediação de Conflitos. Palestra proferida na AJURIS-Escola Superior da Magistratura. Porto Alegre: 19 de abril de 2016.

e evitam-se demandas que insistem em sobrecarregar o judiciário, mas também não devendo ser encarado como um serviço de segunda linha, contudo, um novo e ótimo serviço à sociedade.

Com o propósito de regulamentar de maneira padronizada, os atos de mediação prestados nos tabelionatos de notas, estes são de interesse do cidadão e também das pessoas jurídicas, que poderão usufruir do serviço, mediante uma tabela de emolumentos determinada pelo Estado, ou seja, com os preços tabelados, as partes poderão escolher o tabelionato a que se remeter e pagar o preço igualitário em qualquer serventia do Estado. Apresentando assim, uma ótima alternativa que seja ainda mais eficaz e mais rápida do que as vias convencionais e culturais já conhecidas, implicando realmente em uma grande e positiva evolução na solução dos litígios.

Portanto, concluiu-se que a busca pela continuidade da pesquisa se faz necessária enquanto a prática se instaurar, a fim de medir e constatar que a possibilidade da mediação nos tabelionatos de notas é uma realidade possível e que tem muito a somar na pacificação social e na busca da solução alternativa de conflitos.

REFERÊNCIAS

A LUTA da OAB SP contra o Provimento CGJ nº17/2013. **OAB SP**, São Paulo, 04 de julho 2013. Disponível em: < <http://www.oabsp.org.br/noticias/2013/07/04/8857> >. Acesso em: 26 mar. 2016.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Formas alternativas de solução de conflitos. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, v. 100, mar. 2015.

BRAGA, Adolfo Braga Neto. Os advogados, os conflitos e a mediação. In: OLIVEIRA, Angela (Coord.). **Mediação: métodos de resolução de controvérsias**. São Paulo: LTr, 1999.

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 27 mar. 2016.

_____. Presidência da República. **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: 29 out. 2015.

_____. Presidência da República. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 29 out. 2015.

_____. Presidência da República. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o artigo 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos Cartórios). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm>. Acesso em: 29 out. 2015.

BRITO, Gilton Batista. O acesso à Justiça. A teoria da Mediação e a Resolução 125/2010 do CNJ. **Revista da EJUSE / Escola Judicial do Estado de Sergipe**. Aracaju, n. 20, 2014.

CADASTRO Nacional de Mediadores e Conciliadores entra em vigor. **Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, 18 de março 2016. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81837-cadastro-nacional-de-mediadores-e-conciliadores-entra-em-vigor> >. Acesso em: 21 mai. 2016.

CGJ-SP prorroga o Provimento CG nº13/2013. **Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo**, São Paulo, 25 de junho 2013. Disponível em: < <http://www.cnbsp.org.br/?pG=X19leGliZVgub3RpY2lhcw==&in=NTkyMw==&filtro=1&Data=> >. Acesso em: 26 mar. 2016.

CHOSSANI, Frank Wendel. Cartório – A desjudicialização mora aqui. **Colégio Notarial do Brasil**, Brasília, 15 de março 2015. Disponível em: < <http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZVgub3RpY2lhcw==&in=NTU4MQ==> >. Acesso em 24 mar. 2016.

CNJ concede liminar contra mediação e conciliação em cartórios. **Ordem dos Advogados do Brasil 3ª Subseção Campinas**, Campinas, 27 de agosto 2013. Disponível em: < <http://oabcampinas.org.br/site/cnj-concede-liminar-contramediacao-e-conciliacao-em-cartorios/> >. Acesso em: 26 mar. 2016.

COMISSÃO do CNJ aprova minuta de resolução sobre pagamentos de mediador. **Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, 16 de maio 2016. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82339-comissao-do-cnj-aprova-minuta-de-resolucao-sobre-pagamento-de-mediadores> >. Acesso em: 21 mai. 2016.

CONFIANÇA dos brasileiros nos cartórios é destaque em pesquisa do Datafolha. **Colégio Notarial do Brasil - Conselho Federal**. Brasília, 22 de março 2016. Disponível em: < <http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZVgub3RpY2lhcw%3D%3D&in=NzloOQ%3D%3D> >. Acesso em: 25 mar. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação n. 50, de 8 de maio de 2014**. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/Recomendacao_50_CNJ.pdf >. Acesso em: 12 mar. 2016.

Consolidação Normativa Notarial e Registral do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/legislacao/estadual/doc/CNNR_CGJ_Janeiro_2016_Provimento_002_2016.pdf> . Acesso em: 07 abr. 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2015.

ESTADO de São Paulo ganha primeira Câmara Privada de Mediação e Conciliação. **Consultor Jurídico**, 1º de março 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-mar-01/sp-ganha-primeira-camara-privada-mediacao-conciliacao> >. Acesso em: 12 mar. 2016.

FISCHER, José Flávio Bueno. Desconhecimento do papel do notário e a importância da publicidade institucional. **Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal**, Brasília, 27 de novembro 2015. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZVgub3RpY2lhcw==&in=NjY3MA==&filtro=&Data=>>. Acesso em: 07 abr. 2016.

FISCHER, José Flávio Bueno; ROSA, Karin Regina Rick. Atividade Notarial como garantia da ordem contratual. **Colégio Notarial do Brasil-Conselho Federal**, Brasília, outubro 2004. Disponível em: < <http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZVgub3RpY2lhcw==&in=MzQyMw==&filtro=g&Data=> >. Acesso em: 10 abr. 2016.

GALANO, Mónica Haydee. Mediação – Uma nova mentalidade. In: OLIVEIRA, Angela (Coord.). **Mediação: métodos de resolução de controvérsias**. São Paulo: LTr, 1999.

GUÉRCIO NETO, Arthur Del. Mediação no Cartório. **Colégio Registral do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 05 de fevereiro 2016. Disponível em: < <http://www.colegioregistrals.org.br/publicacoes/doutrinaCompleta?id=31379>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

MATOS, Juliana Aparecida. **Tabelionato de Notas: A ascensão jurídica e social do serviço notarial na comunidade**. Porto Alegre: Norton Editor, 2010.

MELO, Marcelo Augusto Santana de. A qualificação registral como tutela preventiva de conflitos. **Revista de Direito Imobiliário**. v. 68, jan-jun. 2010, p. 03. Disponível em: < <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007a00000153ba0c8d42e6b766eb&docguid=lgfedgfeof25011dfab6fo10000000000&hitguid=lgfedgfeof25011dfab6fo10000000000&spos=1&epos=1&td=228&context=4&startChunk=1&endChunk=1> >. Acesso em: 27 mar. 2016.

MICHELON, Regina Maria Coelho. **Mediação Extrajudicial**. Palestra proferida no X Encontro Notarial e Registral do Rio Grande do Sul. Canela: 15 de abril de 2016.

MUNIZ, Tânia Lobo. O advogado no processo de mediação. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

O NOVO CPC: implicações na atividade notarial e registral I. **Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal**, Brasília, 23 de março 2016. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZVgub3RpY2lhcw%3D%3D&in=Nz11NQ%3D%3D&filtro=9&Data>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

PEREIRA, Clóvis Brasil. Conciliação e Mediação no Novo CPC. **Prolegis**. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/conciliacao-e-mediacao-no-novo-cpc-no-03/>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

POISL, Luiz Carlos. Doutrina Notarial. **Colégio Notarial do Brasil-Conselho Federal**, Brasília, 15 de abril 2014. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZVgub3RpY2lhcw==&in=Mzc5Ng==&filtro=9&Data=>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

PROVIMENTO 17/2013 da CGJ-SP autoriza notários a praticarem atos de conciliação e mediação. **Colégio Notarial do Brasil**, Brasília, 07 de junho 2013. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZVgub3RpY2lhcw==&in=MjcxMg==>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

RAGAZZINI, Adriana Rolim; SILVA, Érica Barbosa e; MIRANDA, Marília Ferreira de. Conciliação e Mediação nas Serventias Extrajudiciais - primeiras impressões. **Anoreg/BR**, Brasília, 22 de fevereiro 2016. Disponível em: <http://anoreg.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=26485&Itemid=999>. Acesso em: 31 mar. 2016.

RIO Grande do Sul deve receber mais 13 CEJUSCS ainda em 2015. **DESJUD** - Justiça sem processo. Disponível em: <<http://www.desjud.com.br/2015/10/28/rio-grande-do-sul-deve-receber-mais-13-cejuscs-ainda-em-2015/>>. Acesso em 12. Mar. 2016.

RODOVALHO, Thiago. **Canadá é um bom exemplo do uso da mediação obrigatória**. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2015-nov-24/thiago-rodovalho-canada-bom-exemplo-mediacao-obrigatoria>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

RODRIGUES, Felipe Leonardo; FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; Cassettari, Christiano (Coord.). **Tabelionato de Notas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SALES, Lilia Maia de Moraes Sales; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. **Mediação e conciliação judicial** – a importância da capacitação e de seus desafios. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552014000200011&lang=pt >. Acesso em: 12. mar. 2016.

SANDER, Tatiane. O notário como instrumento de mediação do direito e como agente da paz social. **Colégio Notarial do Brasil-Conselho Federal**, Brasília. Disponível em: < <http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MzQ1Mg==&filtro=9&Data=> >. Acesso em: 10 abr. 2016.

SANTOS, Márcia Elisa Comassetto dos. **Fundamentos teóricos e práticos das funções notarial e registral imobiliária**. Porto Alegre: Norton Editor, 2004.

SILVA, Érica Barbosa e. Conciliação em cartório garante celeridade. **Colégio Notarial do Brasil**, Brasília, 24 de julho 2013. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=Mjc4Ng==> >. Acesso em: 25 mar. 2016.

SILVEIRA, Luciano Cardoso. A efetivação da desjudicialização através da mediação extrajudicial e da confiança notarial em prol da pacificação social. **Colégio Notarial do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 06 de abril 2016. Disponível em: < http://www.colegionotarialrs.org.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=4396:06042016-artigo-juridico-a-efetivacao-da-desjudicializacao-atraves-da-mediacao-extrajudicial-e-da-confianca-notarial-em-prol-da-pacificacao-social&catid=58:colégio-notarial-do-brasil-secao-rs-&Itemid=187 > . Acesso em: 07 abr. 2016.

SILVEIRA, Luciano Cardoso. A efetivação da desjudicialização através da mediação extrajudicial e da confiança notarial em prol da pacificação social. **Colégio Notarial do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 06 de abril 2016. Disponível em: < http://www.colegionotarialrs.org.br/site/index.php?option=com_ >. Acesso em: 07 abr.

SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. **Noções fundamentais de direito registral e notarial**. São Paulo: Saraiva, 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Provimento 17/2013 – CGJ/SP**. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/gcnPtl/abrirDetalhesLegislacao.do?cdLegislacaoEdit=109332&flBtVoltar=N> >. Acesso em: 25 mar. 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Resolução n. 04/2012 de 11 de abril de 2012**. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/Res_04_2012_OE.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2016.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Oficina de Aspectos Práticos da Mediação de Conflitos**. Palestra proferida na AJURIS-Escola Superior da Magistratura. Porto Alegre: 19 de abril de 2016.

VOLPI, Angelo. A mediação e os advogados. **Colégio Notarial do Brasil-Conselho Federal**, Brasília, 03 de novembro 2015. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZVgub3RpY2lhcw==&in=NjU4NA==>>. Acesso em: 07 abr. 2016.

VOLPI, Angelo. **Mediação Extrajudicial**. Palestra proferida no X Encontro Notarial e Registral do Rio Grande do Sul. Canela: 15 de abril de 2016.

o necessário reconhecimento das uniões simultâneas pelo direito das famílias

Bruna Klein

Graduada em Direito pela Universidade Feevale.
E-mail: bruunaklein@hotmail.com.

Valéria Koch Barbosa

Doutoranda em Qualidade Ambiental na
Universidade Feevale. Mestre em Qualidade
Ambiental pela Universidade Feevale. Graduada
em Direito pela Universidade do Vale do Rio
dos Sinos, com especialização em Redação pela
mesma universidade. Graduada em Letras -
Português/Inglês pela Faculdade de Filosofia,
Ciências e Letras Imaculada Conceição.
E-mail: valeriakb@feevale.br.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar as relações simultâneas, tendo em vista que, em razão ao apego à letra fria da lei e aos costumes canônicos, há resistência jurisprudencial e por parte da doutrina em reconhecê-las, utilizando como justificativa o sistema monogâmico adotado pela lei pátria.

Cumpra registrar que não serão analisadas as uniões ocasionais, de cunho sexual, sem *affectio maritalis*. Em outras palavras, o estudo em questão versa acerca dos relacionamentos contínuos, duradouros, públicos e com o fito de constituir e manter família.

Considerando que os integrantes das relações simultâneas compartilham sonhos, segredos, tristezas, constituem família, formam patrimônio e passam anos de sua vida convivendo de forma contínua e pública, faz-se necessário o questionamento acerca da indignidade à qual os conviventes das uniões paralelas são expostos, pois, mesmo que preencham todos os requisitos necessários à constituição de uma entidade familiar, seus relacionamentos são legitimados como indignos em razão da opinião conservadora que prioriza a monogamia em detrimento dos direitos fundamentais.

Com isso, a escolha deste tema justifica-se em virtude de que, em que pesem não expressos na legislação atinente ao Direito das Famílias e das Sucessões e ignorados, muitas vezes, pelos operadores do Direito, esses vínculos afetivos há muito fazem parte da sociedade e, ao mascará-los, acaba-se por ferir a dignidade dos envolvidos e beneficiar quem, de fato, não respeitou o dever de fidelidade. Afinal, ao excluir da tutela jurídica as relações concomitantes, negando direitos familiares e sucessórios aos conviventes, incentiva-se a poligamia, pois, assim que findos os relacionamentos, os indivíduos que deram causa à simultaneidade nada devem aos(às) ex-companheiros(as).

Com base nisso, a presente pesquisa é desenvolvida a partir de uma pesquisa descritiva, a fim de explorar a necessidade e a viabilidade do reconhecimento das uniões paralelas, tendo como base a pesquisa bibliográfica, realizada a partir da análise em livros, jurisprudências, revistas e demais ferramentas de estudo disponíveis.

De modo que o ponto crucial deste trabalho é evidenciar a viabilidade do reconhecimento das relações simultâneas, uma vez que, mesmo que moralmente reprováveis aos olhos do senso comum e até mesmo do Judiciário, as famílias concomitantes existem e formam um núcleo afetivo, concreto, público e estável.

De qualquer sorte, o artigo em questão busca fomentar a discussão acerca da possibilidade quanto ao reconhecimento das uniões paralelas, trazendo à baila os direitos fundamentais referentes às famílias como protagonistas das questões envolvendo as entidades familiares no ordenamento jurídico pátrio. Afinal, imperioso que sejam os operadores do Direito instigados a observarem, desviados de conceitos religiosos e morais, as questões atinentes ao amor e às formas de constituição de família, que ultrapassam as convicções pessoais dos doutrinadores, dos magistrados e da sociedade.

1 DAS UNIÕES PARALELAS

1.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM SOBREPOSIÇÃO À MONOGAMIA

Ao analisar o lineamento histórico da união estável, é possível verificar que, por muito tempo, o legislador considerou como forma de família apenas aquela advinda do casamento. Assim, o Direito precisou acompanhar as mudanças sociais, a fim de não mais constranger ou atentar contra os direitos fundamentais de quem desejava manter diferentes vínculos afetivos.¹

Nos dias atuais, vive-se situação similar àquela, uma vez que se deixa de reconhecer importante realidade social que bate à porta do Judiciário, qual seja, o reconhecimento de relações paralelas, pois o Estado está deixando de tutelar guiado pelo sistema monogâmico em detrimento dos princípios da dignidade, da igualdade, da afetividade e do pluralismo familiar.²

Com base nisso, uma vez que não há consolidação doutrinária acerca da possibilidade do reconhecimento das uniões paralelas, grande parte dos autores simplesmente ignora a existência dessas relações, “não fazendo qualquer referência sobre o assunto, ou quando o fazem, limitam-se a referir a impossibilidade de reconhecimento dessa união como entidade familiar”, pois reconhecer efeitos aos relacionamentos concomitantes seria degradar a monogamia.³

Paulo Lôbo evidenciou a importância de se aplicar o princípio da dignidade da pessoa humana em casos envolvendo a família. Além do mais, asseverou que “o tradicional princípio da monogamia, de origem canônica e que vicejou no mundo ocidental, perdeu a qualidade de princípio geral ou comum”, uma vez que há sensível mudança com relação aos efeitos atribuídos às uniões concomitantes.⁴

¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 8. ed. São Paulo: Atlas. 2009, p. 36 e 38.

² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70058334079**, da 8ª Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 24/04/2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70058334079&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=o&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 19 mar. 2015.

³ CHANAN, Guilherme Giacomelli. As entidades familiares na Constituição Federal. **Revista Brasileira de Direito de Família**. vol.1, n.1, abr./jun. 1999, p. 68.

⁴ LÔBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. **Tratado de direito das famílias**. Pereira, Rodrigo da cunha. (coord.). Belo horizonte: IBDFAM, 2015, p. 107.

A respeito disso, Maria Berenice Dias corrobora que “a visão excessivamente sacralizada da família tenta identificar a monogamia como um princípio, quando se trata de mero elemento estruturante da sociedade ocidental de origem judaico-cristã”.⁵ Ainda, a autora esclarece que, de forma conservadora, tenta-se fazer da monogamia, da lealdade e da fidelidade protagonistas do Direito das Famílias, negando, assim, qualquer direito aos conviventes oriundos das famílias simultâneas. Resta claro que, aos que desejam “negar efeitos jurídicos, justificativas não faltam”. Entretanto, não há falar em honrar a boa-fé em casos em que ambos os núcleos familiares têm ciência da concomitância das relações, ou seja, “quando a pluralidade é pública e ostensiva, e ambas as famílias se mantêm íntegras, a simultaneidade não é desleal. O que afronta a ética e infringe o princípio da boa-fé é ignorar a existência dos deveres familiares perante ambas as famílias”.⁶

No mesmo sentido vai o entendimento de Luciana Costa Poli, que esclarece que os princípios possuem conteúdo normativo e “a monogamia apresenta-se como um valor, resquício da influência religiosa no ordenamento jurídico. Não parece que tenha natureza normativa”.⁷ A autora reforça, ainda, a ideia de que a “monogamia somente é relevante para o Direito de Família quando seu avesso violar a dignidade da pessoa humana”, não sendo papel do Estado intervir nas constituições de afeto.⁸

De acordo com Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, “a relação familiar fundada na conjugalidade se apresenta, na perspectiva de uma história de longa duração de família ocidental, como centrada na monogamia – mesmo em momentos nos quais o afeto não era objeto central dessa comunhão de vida”.⁹ Contudo, conforme Rodrigo da Cunha Pereira, a monogamia precisa ser repensada com base nos moldes familiares atuais, não podendo servir como uma regra moral na área jurídica.¹⁰ Ou seja, deve-se levar em consideração a “preponderância do macro-princípio da dignidade humana sobre o da monogamia, sob pena de condenação à invisibilidade jurídica e social estes núcleos familiares”.¹¹

⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 88.

⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, fl. 280.

⁷ POLI, Luciana Costa. Famílias simultâneas: uma realidade invisível? **Direitos fundamentais & justiça**. Sarlet, Ingo; Molinaro, Carlos Alberto. (coord.). Porto alegre: HS Editora, 2007, p.68.

⁸ POLI, Luciana Costa. Famílias simultâneas: uma realidade invisível? **Direitos fundamentais & justiça**. Sarlet, Ingo; Molinaro, Carlos Alberto. (coord.). Porto alegre: HS Editora, 2007, p.69.

⁹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.182.

¹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Invisibilidade em xeque**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1077/Invisibilidade+em+xeque>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

¹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União estável. **Tratado de direito das famílias**. Pereira, Rodrigo da Cunha. (coord.). Belo horizonte: IBDFAM, 2015, p. 228.

Nesse cenário, frente à inércia do legislador ao não reconhecer uniões simultâneas como entidades familiares, cabe ao Judiciário a missão de tutelar em conformidade com a realidade social atual e antepor os princípios fundamentais ao dogma da monogamia. Resta claro que essa postura não afronta a lei, mas sim protege os tutelados no que tange à discriminação decorrente das transformações sociais, já que “família está sempre se reinventando, se reconstruindo”.¹²

Ocorre que, tendo em vista as raízes morais no âmbito do Direito das Famílias, acaba-se “por inibir o legislador de normar situações que fogem dos estereótipos de moralidade aceitos no meio social”. Entretanto, importante salientar que “descabe confundir questões jurídicas com questões morais ou religiosas”.¹³

Sob o ponto de vista de Letícia Ferrarini, “a simultaneidade familiar nas relações conjugais é vista como uma forma de relacionamento moralmente reprovável”. Dessa forma, “no imaginário social ainda prepondera a ideia de que as relações paralelas ao casamento se caracterizam pelo triângulo amoroso formado pelo mito, no qual a esposa é santificada, o marido é vitimizado e, “a outra”, por conseguinte, satanizada”.¹⁴

Aliás, as decisões que hodiernamente ignoram as relações concomitantes em razão da religião e da moral, amparadas pelo dogma da monogamia, carecem de coerência. Afinal, “o Direito de Família contemporâneo está intrinsecamente ligado aos Direitos Humanos. [...] É anticristão continuar marginalizando e excluindo pessoas e famílias em razão de suas escolhas diferentes dos padrões tradicionais”.¹⁵

Tais apontamentos deixam claro que, embora haja previsão constitucional acerca da monogamia, a Carta Magna prevê, igualmente, a proteção dos indivíduos no que se refere à dignidade da pessoa humana, princípio que se acaba por ferir ao ignorar a existência de vínculos afetivos oriundos das relações concomitantes. Até porque, “se existe amor, convivência, assistência recíproca, não deve o sistema jurídico deixar de lado estes fatos”, uma vez que dignos de tutela.¹⁶

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de. **Reconhecer a obrigação alimentar nas uniões homoafetivas**: uma questão de respeito à Constituição da República. 3fl. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad818160000014d9ocf98ee309de106&docguid=lb871e930f25111dfab6fo100000000&hitguid=lb871e930f25111dfab6fo1000000000&spos=1&epos=1&td=4000&context=10&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 26 mai. 2015.

¹³ DIAS, Maria Berenice. **Uniões homoafetivas**: uma realidade que o Brasil insiste em não ver. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/75/Uni%C3%B5es+homoafetivas%3A+uma+realidade+que+o+Brasil+insiste+em+n%C3%A3o+ver>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

¹⁴ FERRARINI, Letícia. **Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 89.

¹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Desrespeitar diferentes formas de família não é cristão nem ético**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5661/Artigo%3A+Desrespeitar+diferentes+formas++de+fam%C3%ADlia+n%C3%A3o+%C3%A9+crist%C3%A3o+nem+%C3%Agtico%22>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

¹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 97.

Luciana Costa Poli complementa que “a margem da ação pessoal na configuração familiar, balizada por ditames morais e regras relacionadas, quase sempre associada a configurações de valores religiosos [...] precisa ser rompida”.¹⁷

Por derradeiro, não enxergar as relações concomitantes, utilizando a monogamia como justificativa, viola os direitos fundamentais, principalmente no que se refere à dignidade da pessoa humana e à igualdade, considerando que essas uniões existem, fazem parte da sociedade atual e merecem amparo jurídico.¹⁸

1.2 NECESSIDADE DE SE ATRIBUIR EFEITOS JURÍDICOS NO ÂMBITO DO DIREITO FAMILIAR E SUCESSÓRIO ÀS UNIÕES PARALELAS

Primeiramente, cumpre frisar que as relações paralelas ao matrimônio aqui tratadas não se trata de casos eventuais, provisórios e descompromissados, pelo contrário, são relações vivenciadas entre pessoas que se amam e que construíram uma entidade familiar tão concreta e constante quanto o casamento que impede o seu reconhecimento.¹⁹ Confirmando esse entendimento, Pablo Stolze Gagliano aponta que “uma união paralela fugaz, motivada pela adrenalina ou simplesmente pela química sexual, não poderia [...] conduzir a nenhum tipo de tutela jurídica”.²⁰

Afinal, “pode-se sustentar, de plano, a exclusão dos relacionamentos esporádicos do âmbito das relações familiares, uma vez que não apresentam o sentido de comunhão de vida inerente à família, haja vista o fato de não se apresentarem como estáveis”. De acordo com Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, tal diferenciação não ocorre em decorrência de limites definidos pelo ordenamento jurídico, mas é estruturada com base na racionalidade, pois as relações eventuais carecem de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, não havendo razão, portanto, para serem tuteladas no âmbito familiar.²¹

¹⁷ POLI, Luciana Costa. Famílias simultâneas: uma realidade invisível? *Direitos fundamentais & justiça*. Sarlet, Ingo; Molinaro, Carlos Alberto. (coord.). Porto alegre: HS Editora, 2007, p.67.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 9. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 48.

¹⁹ RIOGRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70058334079**, da 8ª Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 24/04/2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70058334079&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=o&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 19 mar. 2015.

²⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; *Direitos da(o) amante – na teoria e na prática (dos tribunais)*. Temas atuais e polêmicos do direito de família e sucessões. MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. (Coord.). Sapucaia do Sul: Notadez, 2010, p. 167.

²¹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.183.

Em contrapartida, muitas vezes, relacionamentos simultâneos ao casamento possuem um vínculo tão estável e duradouro, que o convivente “passa, inequivocamente, a colaborar na formação do patrimônio de seu parceiro casado, ao longo dos anos de união”.²²

Da análise jurisprudencial²³, verifica-se que, quando a parceira afirma desconhecer a vida dúplice do varão, a relação é tratada como sociedade de fato, com o objetivo de evitar o enriquecimento ilícito. Assim, casos envolvendo uniões simultâneas estão sendo resolvidos muitas vezes pelo Direito das Obrigações, sendo tal medida o único subterfúgio capaz de dividir o patrimônio construído durante a relação.²⁴ Até porque “seria justo negar-se à amante o direito de ser indenizada ou, se for o caso, de haver para si parcela do patrimônio que, comprovadamente, ajudou a construir?”²⁵

Entratanto, nos casos em que não houve a aquisição de bens, dá-se fim à “sociedade”, e o(a) parceiro(a) passa a inexistir no âmbito jurídico no que se refere ao Direito das Famílias, ou seja, não possui qualquer direito alimentar ou sucessório, não dispõe do reconhecimento da união afetiva que cultivou, enfim, não detém sequer de sua dignidade.²⁶

Interessante mencionar que, em razão do preconceito que essas relações carregam, é preferível denominá-las como sociedades de fato para que, assim, finja-se que uniões concomitantes nunca existiram. Isto é, acaba-se por tornar entidades familiares faticamente existentes em operações meramente de negócios, sob a justificativa de não se atentar contra a moral e os bons costumes.²⁷

²² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo Curso de Direito Civil V6**. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 469.

²³ “APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. AUSÊNCIA DE PROVA DOS REQUISITOS INDISPENSÁVEIS À CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO CASADO. IMPEDIMENTO PARA CONFIGURAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. O reconhecimento da união estável depende de prova plena e convincente de que o relacionamento se assemelha, em tudo e perante todos, ao casamento. A existência de relação amorosa entre as partes, sem os requisitos exigidos pela lei, não se caracteriza como união estável. Ausência de prova da coabitação, continuidade, publicidade e objetivo de constituir família, ônus que incumbia à autora. Ademais, o fato de um dos companheiros estar casado, não tendo sido comprovada a separação de fato, constitui impedimento para o reconhecimento da união estável, cujo instituto tem natureza monogâmica. No caso dos autos um concubinato, verdadeira sociedade de fato que somente admite o eventual recebimento de verba financeira a título de colaboração com o patrimônio comum dos concubinos. APELAÇÃO PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA (Apelação Cível Nº 70046050431, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Munira Hanna, Julgado em 20/03/2013)”. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70046050431**, da 7ª Câmara Cível. Relator: Munira Hanna. Julgado em 20/03/2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70046050431&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=o&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 26 maio 2015.

²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 89.

²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo Curso de Direito Civil V6**. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 469.

²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. 6. ed., rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 472.

²⁷ FERRARINI, Letícia. **Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 86-87.

Enfim, caracterizar entidades familiares como sociedades de fato seria “uma mentira jurídica, porquanto os companheiros não se uniram para constituir uma sociedade”, mas, em decorrência do afeto, uniram-se com o desiderato de formar família.²⁸

Em contrapartida, mister analisar as uniões paralelas quando o(a) parceiro(a) “sabe e conhece perfeitamente o impedimento existente para união oficial de ambos”.²⁹ De acordo com Pablo Stolze Gagliano, casos envolvendo “tempo, afeto e aparência de união estável – com óbvia mitigação do aspecto da publicidade”, são caracterizadores da necessidade de aplicação das regras do Direito das Famílias, ou seja, “a exemplo da pensão alimentícia ou do regime de bens (restrito, claro, ao patrimônio amealhado” entre os parceiros.³⁰

Afinal, tendo o(a) convivente ciência ou não da simultaneidade das relações, de qualquer maneira causaria estranheza o indivíduo que cometeu o delito do adultério e infringiu o dever de fidelidade ser privilegiado, uma vez que “fica com a totalidade do patrimônio e sem qualquer encargo[...]. Safa-se o varão sem nenhuma obrigação, nenhum encargo lhe é atribuído, não se sujeita a punição alguma”.³¹

O fato de o Judiciário não tutelar as relações simultâneas, não dividindo o patrimônio entre cônjuges e companheiros, acaba por gerar enriquecimento ilícito ao indivíduo responsável pela concomitância de relacionamentos. Afinal, “se existe uma verdadeira união estável do ponto de vista fático, então houve contribuição para formação do patrimônio. E excluir alguém que tinha uma união estável e contribuiu para a formação patrimônio é – mais do que injusto – ilegal”.³² Aliás, não responsabilizar “o homem que estabelece uma família paralela é incentivar [...] e estimular a poligamia”.³³

²⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 48.

²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; **Direitos da(o) amante – na teoria e na prática (dos tribunais)**. Temas atuais e polêmicos do direito de família e sucessões. MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. (Coord.). Sapucaia do Sul: Notadez, 2010, p. 169.

³⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; **Direitos da(o) amante – na teoria e na prática (dos tribunais)**. Temas atuais e polêmicos do direito de família e sucessões. MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. (Coord.). Sapucaia do Sul: Notadez, 2010, p. 169.

³¹ DIAS, Maria Berenice. **Adultério, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade**. Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/uploads/4_-_adult%20e%20bigamia_e_uni%20est%20realidade_e_responsabilidade.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2015.

³² **TRF1 determina divisão de pensão entre viúva e companheira**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5158/TRF1+determina+divis%C3%A3o+de+pens%C3%A3o+entre+vi%C3%BAva+e+companheira>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

³³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Estatuto das Famílias e da Cidadania**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5518/Artigo%3A+Estatuto+das+Fam%C3%ADlias+e+da+cidadania>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

Assim, mesmo que a lei não assegure expressamente direitos aos integrantes das entidades familiares paralelas, a verdade é que esses vínculos existem em decorrência de um envolvimento afetivo e, ainda que invisíveis à luz do Direito das Famílias e moralmente reprováveis, geram efeitos jurídicos, sendo inviável a não responsabilização do par infiel.³⁴

Partindo para a abordagem do aspecto seguinte, com base no entendimento de que as relações simultâneas devem gerar efeitos jurídicos, importante realizar alguns apontamentos acerca da divisão de bens.

A fim de conceituar a partilha de bens no âmbito das uniões paralelas, destaca-se que a “meação é a metade de alguma coisa, isto é, o direito que se tem à metade de algo, enquanto outrem é proprietário de outra parte. Assim, é o direito de um companheiro ou cônjuge na relação conjugal de acordo com o regime de bens”. Já a “triação é a expressão utilizada para designar a divisão do patrimônio conjugal em três partes, isto é, triação em vez de meação. Tal divisão pode acontecer quando há uniões simultâneas”.³⁵

Aliás, “na hipótese de falecimento do varão casado, a depender do regime de bens, é necessário afastar a meação da viúva”.³⁶ Nesse sentido, conforme explanado acima, “divide-se em duas metades, uma para o cônjuge ou companheiro(a) que estabeleceu a conjugalidade primeiro e a outra metade para o outro, que se partilhará com a(o) companheiro(a) da união paralela”. Dessa forma, 50% ficam “[...] para o cônjuge/companheiro e 25% para cada um dos outros dois que mantiveram a união simultânea”.³⁷

Hilda Maria Couto Monte assevera que “caso uma família seja constituída paralelamente a outra, tendo como elemento comum um componente que mantém relações de conjugalidade em ambos os núcleos, incidem sobre a hipótese deveres éticos de respeito e proteção à esfera moral e patrimonial dos componentes da outra entidade familiar”.³⁸

³⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 47.

³⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União estável. **Tratado de direito das famílias**. Pereira, Rodrigo da Cunha. (coord.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 220.

³⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, fl.287.

³⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União estável. **Tratado de direito das famílias**. Pereira, Rodrigo da Cunha. (coord.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 221.

³⁸ MONTE, Hilda Maria Couto. O princípio da monogamia no casamento e a defesa da tutela jurídica das famílias informais simultâneas. **REVISTA FÓRUM DE DIREITO CIVIL - RFDC**. Belo Horizonte, ano 4, n. 8, jan./abr. 2015.

De qualquer maneira, em razão do caráter afetivo que as relações concomitantes carregam, atingindo o íntimo de cada envolvido, não é mais possível julgá-las de forma discriminatória, mas tão somente reconhecê-las como dignas de pertencer à tutela do Direito das Famílias e do Direito Sucessório.³⁹

1.3 POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE UNIÕES CONCOMITANTES

1.3.1 Posicionamento Jurisprudencial

Na análise da jurisprudência, nota-se grande resistência por parte dos magistrados em reconhecer as uniões paralelas, pois ainda “há muito moralismo, conservadorismo e preconceito em matéria de Direito de Família”.⁴⁰

Luciana Costa Poli, ao tratar do assunto, esclarece que o Superior Tribunal de Justiça, ao somente atribuir efeitos jurídicos às relações que têm por base a fidelidade e “repudiar o reconhecimento de eventuais relações estáveis paralelas, fundamentando seus julgados em valores morais que não correspondem ao pulsar dos anseios do homem contemporâneo, parece relevar sua crença de que a família e, conseqüentemente, toda a sociedade, estaria sob premente ameaça”.⁴¹

Contudo, urge destacar a importância dos avanços ocorridos em decisões proferidas em consonância com os princípios básicos do Direito das Famílias. Afinal, o Judiciário “precisa cada vez mais assumir a responsabilidade de fazer justiça. Para isso deve oxigenar as regras jurídicas com a realidade da vida. Também não pode deixar de reconhecer direitos ou impor obrigações sob o fundamento de que a questão trazida a julgamento refoge ao socialmente aceito”.⁴²

³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. 6. ed., rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 473.

⁴⁰ ALAGOAS. Tribunal de Justiça de Alagoas. **AC n.º 2010.000284-7**, da 2ª Câmara Cível. Relator: Maria Valéria Lins Calheiros. Julgado em 28/07/2014. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/2759/%20Uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel%20paralela%20ao%20casamento.%20Possibilidade>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

⁴¹ POLI, Luciana Costa. **Famílias simultâneas: uma realidade invisível? Direitos fundamentais & justiça**. Sarlet, Ingo; Molinaro, Carlos Alberto. (coord.). Porto alegre: HS Editora, 2007, p.58.

⁴² DIAS, Maria Berenice. **Adulterio, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade**. Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/uploads/4_-_adult%Egrio%2C_bigamia_e_uni%E3o_est%E1vel_-_realidade_e_responsabilidade.pdf> Acesso em: 13 abr. 2016.

José S. Trindade, por sua vez, ao analisar os embargos infringentes nº 70020816831, esclareceu que há determinadas situações que autorizam o reconhecimento de uniões simultâneas, “sob pena inclusive de enriquecimento ilícito de uma das partes, além de rematada injustiça”.⁴³ Com base nesse entendimento, restou confirmada a decisão que reconheceu a união estável concomitante ao casamento, uma vez que priorizados os direitos fundamentais.

O revisor dessa decisão discorreu acerca da evidente convivência pública, contínua, duradoura e com o objetivo de constituir família da relação analisada. Aliás, esclareceu que “ambas as mulheres sabiam da existência uma da outra e da convivência com o mesmo homem e que aceitavam a situação até com certa harmonia”. Em suma, o revisor concluiu que foi demonstrada a simultaneidade de relações, não havendo razão que justifique a inércia do julgador a fim de que a união paralela gere efeitos no mundo jurídico, “já que perfeitamente caracterizada como entidade familiar”. Por sua vez, a presidente da câmara responsável pelos embargos infringentes afirmou que “se este era um arranjo que servia a todos, não há porque punir somente um dos integrantes deste triângulo amoroso. Afinal, se alguém descumpriu o dever de fidelidade, infringiu o dogma da monogamia, foi o varão, que não pode ser beneficiado por seu agir”. Dessa forma, a união paralela ao casamento foi reconhecida.⁴⁴

Assim, nota-se que alguns julgadores têm demonstrado sensibilidade no que tange às uniões paralelas, responsabilizando o cônjuge por suas escolhas. Em outras palavras, “a justiça não pode ser cúmplice da postura desleal do homem para com duas mulheres, desonerando-o dos deveres que decorrem do comprometimento afetivo exclusivamente com relação a uma delas”.⁴⁵

⁴³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes Nº 70020816831**, do 4º Grupo de Câmaras Cíveis. Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 14/09/2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70020816831&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=o&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 26 fev. 2016.

⁴⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes Nº 70020816831**, do 4º Grupo de Câmaras Cíveis. Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 14/09/2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70020816831&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=o&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 26 fev. 2016.

⁴⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes Nº 70020816831**, do 4º Grupo de Câmaras Cíveis. Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 14/09/2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70020816831&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=o&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 26 fev. 2016.

De igual maneira foi o entendimento da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, ao julgar que, havendo “a coexistência de duas relações afetivas públicas, duradouras e contínuas, mantidas com a finalidade de constituir família, é devido o seu reconhecimento jurídico à conta de uniões estáveis, sob pena de negar a ambas a proteção do Direito”.⁴⁶

Alzir Felipe Schmitz, em voto vencido quando da relatoria inicial dos embargos infringentes nº 70055118251, ao sustentar a ausência de empecilho legal ao reconhecimento da união simultânea, esclareceu:

Efetivamente, esse padrão de comportamento, reitero: não é comum, porém, tendo ocorrido, não podemos nós, hipocritamente, do alto da ‘torre da Justiça’, cerrarmos os olhos e nos escudarmos em preceito legal que, a meu sentir, sequer é aplicável ao caso em questão. Não podemos nos dar ao luxo de, em pleno século XXI, negarmos os fatos efetivamente havidos! Relembro aos pares que nós não criamos as relações, somente declaramos o que as partes viveram. Certo ou errado? Moral ou amoral? Repito: não nos cabe dar essas respostas, pois não foram essas as perguntas que nos foram feitas.⁴⁷

Entretanto, a revisora do acórdão analisado divergiu do entendimento do relator, sendo acompanhada por mais dois desembargadores. Ela afirmou que é “inviável reconhecer a existência de um casamento e uma união estável, lado a lado, com iguais direitos à mulher e à companheira, situação vedada pelo nosso ordenamento jurídico que contempla a monogamia”.⁴⁸

⁴⁶ PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Apelação Cível Nº 1960072**, da 5ª Câmara Cível. Relator: José Fernandes, Julgado em 12/06/2013. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/2964/%20Uni%C3%A3o%20paralela.%20Possibilidade>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

⁴⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes Nº 70055118251**, do Quarto Grupo da Câmara Cível. Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 12/06/2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70055118251&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=o&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 09 mar. 2016.

⁴⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes Nº 70055118251**, do Quarto Grupo da Câmara Cível. Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 12/06/2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70055118251&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=o&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 09 mar. 2016.

Em contrapartida, Rui Portanova, a fim de contribuir com o voto minoritário, asseverou que, diante das provas colhidas no caso concreto, “muitos casamentos ‘no papel’ não chegam nem perto da profundidade deste relacionamento”.⁴⁹ Aliás, o julgador suscitou reflexão no que se refere às origens do reconhecimento da união estável, que tinha como base jurídica o enriquecimento sem causa. Ao final, esclareceu: “o que está em julgamento aqui é a relação jurídica entre a autora e o falecido e os efeitos patrimoniais do casal que vive em verdadeira união estável. Não está em julgamento a mulher e seu comportamento e a forma como ela ama aquele homem”.⁵⁰

Para, portanto, a dúvida arguida por Alzir Felipe Schmitz, “considerando a intenção legislativa: a proteção familiar, resta-nos responder: qual a família que ‘merece’ ser protegida? Ou melhor, qual a “melhor família”?”⁵¹

Importante registrar que, de acordo com Guilherme Giacomelli Chanan, o Superior Tribunal de Justiça tem “admitido a existência de entidades familiares simultâneas quando se estiver diante de entidade familiar que apresente os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade”, protegendo, dessa forma, a dignidade, pois, conforme mencionado pelo autor, ao não reconhecer essas uniões quando claramente preenchem tais requisitos, seria desprestigiar a Constituição Federal.⁵²

Conforme mencionado por Maria Berenice Dias, na Justiça Federal, em destacadas e habituais decisões, “é determinada a partilha por pensão por morte entre esposa e companheira. Isso porque a legislação previdenciária (L8.213/91 13) presume como dependentes as pessoas que, em decorrência do dever de solidariedade e por motivo econômico familiar, estão subordinadas ao segurado”.⁵³

⁴⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes Nº 70055118251**, do Quarto Grupo da Câmara Cível. Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em 12/06/2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70055118251&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=o&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 09 mar. 2016.

⁵⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes Nº 70055118251**, do Quarto Grupo da Câmara Cível. Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em 12/06/2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70055118251&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=o&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 09 mar. 2016.

⁵¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes Nº 70055118251**, do Quarto Grupo da Câmara Cível. Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em 12/06/2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70055118251&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=o&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 09 mar. 2016.

⁵² CHANAN, Guilherme Giacomelli. As entidades familiares na Constituição Federal. **Revista Brasileira de Direito de Família**. vol.1, n.1, abr./jun. 1999, p. 66.

⁵³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 289.

De qualquer sorte, nota-se o apego da jurisprudência referente ao Direito das Famílias ao dogma da monogamia enraizado no ordenamento jurídico pátrio, que impede, em muitas decisões, a análise da realidade social. Entretanto, cumpre frisar que há sensível modificação na esfera judicial no que se refere às uniões paralelas, ou seja, ainda que em minoria, há magistrados atentos às alterações sociais ocorridas no cenário familiar.

1.3.2 Projeto de Lei do Senado nº 470/2013

No contexto deste trabalho, é importante mencionar que foi apresentado ao Congresso Nacional, pela Senadora Lídice da Mata, o Estatuto das Famílias, que tramita sob o número PLS 470/2013, elaborado com o auxílio do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. De acordo com a Assessoria de Comunicação do IBDFAM e a Assessoria de Imprensa da Senadora Lídice da Mata, o Estatuto das Famílias tem o desiderato de concentrar toda a legislação familiar em apenas um documento legal.⁵⁴

José Sebastião de Oliveira esclarece que sempre existiram diversas espécies de família no mundo fático. Entretanto, o Código Civil de 1916, por exemplo, considerava como digna e legítima somente a união constituída pelo matrimônio.⁵⁵

Com base nisso e – como já se referiu –, a família, por ser um fato cultural, está à mercê das variações temporais e espaciais, cabendo, assim, “aos ordenamentos jurídicos fazer as adequações para regular e proteger direitos e deveres decorrentes dessas relações”.⁵⁶

Nesse sentido, em seu artigo 3º, o Estatuto das Famílias em análise prevê a proteção da “família em qualquer de suas modalidades e as pessoas que a integram”, bem como no artigo 4º há a disposição de que “todos os integrantes da entidade familiar devem ser respeitados em sua dignidade pela família, sociedade e Estado”.⁵⁷

⁵⁴ PROJETO de estatuto das famílias é apresentado no senado. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5182/Projeto+de+Estatuto+das+Fam%C3%ADlias+%C3%A9+apresentado+no+Senado+>>. Acesso em: 06 set. 2015.

⁵⁵ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 355-356.

⁵⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e União Estável*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 22.

⁵⁷ MATA, Lídice da. *Projeto de lei do Senado n.º 470, de 2013*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/getPDF.asp?t=14,0057&tp=1>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

Para Mário Luiz Delgado, o Projeto de Lei em questão demonstra um avanço legislativo indiscutível, pois opta “pela celeridade, simplicidade, informalidade, fungibilidade e economia processual, a fim de proporcionar a efetiva concretização dos princípios constitucionais, abre as portas do sistema jurídico-positivo para as novas demandas surgidas nas relações de família”.⁵⁸

Sob essa perspectiva, o Estatuto das Famílias vem ao encontro da necessidade de atender à realidade social, no sentido de amparar as diversas entidades familiares existentes na sociedade.⁵⁹

Além do mais, da análise ao artigo 14 do referido Projeto de Lei, nota-se a inclusão das relações paralelas no Direito das Famílias. Se aprovado, com esse dispositivo, será possível resguardar os direitos fundamentais dos(as) parceiros(as) que integram as uniões simultâneas, no que se refere à assistência, ao amparo material e moral, conforme se verifica abaixo.

Art. 14. As pessoas integrantes da entidade familiar têm o dever recíproco de assistência, amparo material e moral, sendo obrigadas a concorrer, na proporção de suas condições financeiras e econômicas, para a manutenção da família.

Parágrafo único. A pessoa casada, ou que viva em união estável, e que constitua relacionamento familiar paralelo com outra pessoa, é responsável pelos mesmos deveres referidos neste artigo, e, se for o caso, por danos materiais e morais.⁶⁰

Para Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, em que pese a Constituição tenha nitidamente avançado com relação aos novos laços afetivos, “muitos outros arranjos não foram recepcionados no bojo constitucional, o que leva a crer, *a priori*, que não pudessem existir – ou que apenas existissem à margem da lei”.⁶¹ Assim sendo, o Estatuto das Famílias abrange também esses relacionamentos, que anteriormente eram ignorados pelo Direito.

⁵⁸ DELGADO, Mário Luiz. **Um novo Direito de Família que se projeta**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5485/Artigo%3A>>. Acesso em: 06 set. 2015.

⁵⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Desrespeitar diferentes formas de família não é cristão nem ético**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5661/Artigo%3A+Desrespeitar+diferentes+formas++de+fam%C3%ADlia+n%C3%A3o+%C3%A9+cris%C3%A7%C3%A3o+nem+%C3%Agtico%22>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

⁶⁰ MATA, Lídice da. **Projeto de lei do Senado n.º 470, de 2013**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/getPDF.asp?t=140057&tp=1>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

⁶¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Famílias Paralelas**. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67983/pdf_8>. Acesso em: 27 ago. 2015.

Rodrigo da Cunha Pereira afirma que, no tocante às uniões simultâneas, há incompatibilidade com outro campo que não o Direito das Famílias, pois seria tratá-las “como se não fossem famílias”. Assim, com base nesse entendimento, o autor esclarece que o Projeto de Lei em análise busca responsabilizar quem optou por esse modelo, “sem cair em regras morais estigmatizantes e muitas vezes excludentes de direitos”.⁶²

De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira, “há um descompasso entre a realidade das famílias e os textos legislativos brasileiros, que não traduzem e nem refletem a vida como ela é. Ainda há milhares de famílias à margem da legislação, como aquelas que se constituíram paralelamente à outra família”.⁶³

Enfim, é preciso “celebrar a vida e propor construções de pontes em direção ao futuro, recolhendo o legado pretérito e transformando o presente em abrigo teórico e prático do afeto, da tolerância, da liberdade, da autonomia, da responsabilidade e de todas as estruturas que sonham e vivem como famílias”.⁶⁴

Com base nesse entendimento, “é preciso que as pessoas acreditem na sabedoria da Justiça em distinguir as situações, mesmo quando, em face da evolução dos costumes e do desenvolvimento da sociedade, os relacionamentos se tornem íntimos de forma quase instantânea”.⁶⁵

Dessa forma, resta cristalino que “o Direito não pode enrijecer-se, furtando-se ao compromisso de perceber a realidade. Há de ser inquieto, curioso, atento, permeável, sob pena de tornar-se inútil”.⁶⁶ Ou seja, atentar à realidade social é coerente com o papel do legislador e do Judiciário, notando-se, assim, a necessidade de proteger os diversos núcleos familiares que estão privados dos direitos familiares e sucessórios, de forma a evidenciar que quem escolhe as formas dignas de família é o Estado, e não os indivíduos que as compõem.

⁶² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Transformações sociais e econômicas colocam monogamia em xeque**. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/artigos/1077/Transforma%C3%A7%C3%B5es+sociais+e+econ%C3%B4micas+colocam+monogamia+em+xeque>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

⁶³ PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Desrespeitar diferentes formas de família não é cristão nem ético**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5661/Artigo%3A+Desrespeitar+diferentes+formas++de+fam%C3%ADlia+n%C3%A3o+%C3%A9+crist%C3%A3o+nem+%C3%Agtico%22>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

⁶⁴ **X Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5815/X+Congresso+Brasileiro+de+Direito+de+Fam%C3%ADlia>>. Acesso em 23 out. 2015.

⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. **Amor Proibido**. Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/uploads/5_-_amor_proibido.pdf> Acesso em 13 abr. 2016.

⁶⁶ POLI, Luciana Costa. **Famílias simultâneas: uma realidade invisível? Direitos fundamentais & justiça**. Sarlet, Ingo; Molinaro, Carlos Alberto. (Coord.). Porto alegre: HS Editora, 2007, p. 58.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como fundamental objetivo compreender a possibilidade do reconhecimento das uniões simultâneas, pois excluí-las da proteção do Estado e, principalmente, da tutela do Direito das Famílias e das Sucessões ofende os princípios fundamentais, bem como, por serem relações de afeto duradouras, geram consequências que necessitam da tutela jurídica, tais como divisão de patrimônio, amparo financeiro, direitos sucessórios.

Por tal razão, verifica-se que todos os relacionamentos afetivos, quando estáveis, duradouros, públicos e com o fito de construir e manter família devem possuir, independentemente de sua formação e da opinião do senso comum, o mesmo tratamento, sob pena de infringir os direitos fundamentais de quem dedicou a vida a um relacionamento, que, por ser considerado indigno, não é reconhecido e amparado.

Neste escopo, destacou-se a sobreposição dos direitos fundamentais à monogamia.

Já ao ser abordada a necessidade de se atribuir efeito jurídicos no âmbito familiar e sucessório às uniões paralelas, esclareceu-se que, por serem relacionamentos duradouros e estáveis, é inquestionável que por vezes os pares adquirem patrimônio em conjunto, bem como são habituais as situações em que o(a) companheiro(a) depende seu dia a dia para os cuidados domésticos e da filiação em comum.

Aliás, importante ratificar que as uniões simultâneas são relacionamentos afetivos e não sociedades de fato a serem analisadas sob a ótica do Direito das Obrigações. Dessa forma, há doutrinadores que defendem a triação (divisão do patrimônio em três), objetivando assegurar os direitos dos integrantes das relações concomitantes, bem como responsabilizar quem deu causa à concomitância das uniões.

Ao analisar o posicionamento jurisprudencial sobre o tema, constatou-se a resistência por parte dos magistrados quanto ao reconhecimento das uniões paralelas. Entretanto, em que pese de forma tímida, foram verificadas decisões atentas à realidade social e aos direitos fundamentais.

Por derradeiro, explorou-se o Projeto de Lei do Senado nº 470/2013, que prevê o Estatuto das Famílias e assegura direitos e deveres à diversas formas de família, além de objetivar a celeridade dos processos familiares.

É de se concluir, dessa forma, que não cabe aos doutrinadores e aos magistrados, tampouco à sociedade, decidir quais as formas de amor são adequadas ou quais entidades familiares são dignas de respeito e de reconhecimento, tal opção compete somente aos integrantes das relações, que, com base nos seus interesses pessoais e assegurados pelos princípios fundamentais, decidirão a maneira que melhor lhes aprouver amar.

REFERÊNCIAS

ALAGOAS. Tribunal de Justiça de Alagoas. **AC n.º 2010.000284-7**, da 2ª Câmara Cível. Relator: Maria Valéria Lins Calheiros. Julgado em 28/07/2014. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/2759/%20Uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel%20paralela%20ao%20casamento.%20Possibilidade>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

CHANAN, Guilherme Giacomelli. As entidades familiares na Constituição Federal. **Revista Brasileira de Direito de Família**. vol.1, n.1, abr./jun. 1999.

DELGADO, Mário Luiz. **Um novo Direito de Família que se projeta**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5485/Artigo%3A>>. Acesso em: 06 set. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Adulterio, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade**. Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/uploads/4_-_adult%20e%20bigamia_e_uni%C3%A3o_est%C3%A1vel_-_realidade_e_responsabilidade.pdf> Acesso em: 13 abr. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Amor Proibido**. Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/uploads/5_-_amor_proibido.pdf> Acesso em 13 abr. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Uniãos homoafetivas: uma realidade que o Brasil insiste em não ver**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/75/Uni%C3%B5es+homoafetivas%3A+uma+realidade+que+o+Brasil+insiste+em+n%C3%A3o+ver>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Reconhecer a obrigação alimentar nas uniões homoafetivas: uma questão de respeito à Constituição da República**. Disponível em: <[http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad81816000014d90cf98ee309de106&docguid=lb871e930f25111dfab6f010000000000&hitguid=lb871e930f25111dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=4000&context=10&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad81816000014d90cf98ee309de106&docguid=lb871e930f25111dfab6f01000000000&hitguid=lb871e930f25111dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=4000&context=10&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 26 mai. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. 6. ed., rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2014.

FERRARINI, Letícia. **Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; **Direitos da(o) amante – na teoria e na prática (dos tribunais)**. Temas atuais e polêmicos do direito de família e sucessões.

MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. (Coord.). Sapucaia do Sul: Notadez, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo Curso de Direito Civil V6**. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Famílias Paralelas**. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67983/pdf_8>. Acesso em: 27 ago. 2015.

LÔBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. **Tratado de direito das famílias**. Pereira, Rodrigo da Cunha. (coord.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

MATA, Lídice da. **Projeto de lei do Senado n.º 470, de 2013**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/getPDF.asp?t=140057&tp=1>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

MONTE, Hilda Maria Couto. O princípio da monogamia no casamento e a defesa da tutela jurídica das famílias informais simultâneas. **REVISTA FÓRUM DE DIREITO CIVIL - RFDC**. Belo Horizonte, ano 4, n. 8, jan./abr. 2015.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Desrespeitar diferentes formas de família não é cristão nem ético**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5661/Artigo%3A+Desrespeitar+diferentes+formas++de+fam%C3%ADlia+n%C3%A3o+%C3%Ag+crist%C3%A3o+nem+%C3%Agtico%22>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Desrespeitar diferentes formas de família não é cristão nem ético**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5661/Artigo%3A+Desrespeitar+diferentes+formas++de+fam%C3%ADlia+n%C3%A3o+%C3%A9+cris%C3%A3o+nem+%C3%Agtico%22>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Estatuto das Famílias e da Cidadania**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5518/Artigo%3A+Estatuto+das+Fam%C3%ADlias+e+da+cidadania>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Invisibilidade em xeque**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1077/Invisibilidade+em+xeque>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Transformações sociais e econômicas colocam monogamia em xeque**. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/artigos/1077/Transforma%C3%A7%C3%B5es+sociais+e+econ%C3%B4micas+colocam+monogamia+em+xeque>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União estável. **Tratado de direito das famílias**. Pereira, Rodrigo da Cunha. (coord.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Apelação Cível Nº 1960072**, da 5ª Câmara Cível. Relator: José Fernandes, Julgado em 12/06/2013. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/2964/Uni%C3%A3o%20paralela.%20Possibilidade>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

POLI, Luciana Costa. Famílias simultâneas: uma realidade invisível? **Direitos fundamentais & justiça**. Sarlet, Ingo; Molinaro, Carlos Alberto. (Coord.). Porto Alegre: HS Editora, 2007.

PROJETO de estatuto das famílias é apresentado no senado. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5182/Projeto+de+Estatuto+das+Fam%C3%ADlias+%C3%A9+apresentado+no+Senado+>>. Acesso em: 06 set. 2015.

Apelação Cível nº 70058334079, da 8ª Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 24/04/2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70058334079&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=o&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 19 mar. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70046050431**, da 7ª Câmara Cível. Relator: Munira Hanna. Julgado em 20/03/2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70046050431&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 26 maio 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes Nº 70055118251**, do Quarto Grupo da Câmara Cível. Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 12/06/2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70055118251&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 09 mar. 2016.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas**: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TRF1 determina divisão de pensão entre viúva e companheira. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5158/TRF1+determina+divis%C3%A3o+de+pens%C3%A3o+entre+vi%C3%BAva+e+companheira>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 8. ed. São Paulo: Atlas. 2009.

X Congresso Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5815/X+Congresso+Brasileiro+de+Direito+de+Fam%C3%ADlia>>. Acesso em 23 out. 2015.

responsabilidade civil em transportes aéreos

Charlene Lehnen

Bacharelada em Direito pela Universidade Feevale. E-mail: charlenee.lehnen@gmail.com.

André Rafael Weyermuller

Advogado. Doutor em Direito e Especialista em Direito Ambiental. E-mail: andrerw@feevale.br.

INTRODUÇÃO

Com o decurso do tempo, a aviação ganhou força como meio de transporte, se constituindo como elemento essencial para a integração entre as regiões distantes e inacessíveis. No entanto, embora apresente vantagens em diversos aspectos, existem situações que afrontam os direitos dos passageiros, as quais causam desigualdades tanto na esfera material, quanto moral, em razão do descumprimento da relação contratual.

O objetivo principal do transportador centrou-se em atingir o princípio de incolumidade, o qual consiste em transportar pessoas e bagagens de forma segura, para que cheguem ao seu local de destino da mesma maneira que se encontravam antes de serem transportados.

Desta forma, confirmou-se a responsabilidade das companhias aéreas em relação aos danos causados aos passageiros e bagagens, bem como apresentou-se, hipóteses para amenizar os problemas aos quais os consumidores enfrentam, principalmente com os atrasos de voos, extravio de bagagens e a prática do overbooking, incumbindo à aplicação da indenização, independente de culpa, uma vez que a responsabilidade das empresas aéreas é objetiva. Há também, hipóteses em que as companhias aéreas possuem atenuantes da responsabilidade, como por exemplo, os casos fortuitos e de força maior. Todavia, estas teorias não extinguem o dever de reparar os danos causados aos consumidores em razão da responsabilidade objetiva.

Com as diversas falhas do setor aéreo, buscou-se mecanismos para diminuir as desarmonias existentes nesse setor, incluindo a intervenção governamental, a qual aplica penalidades às companhias aéreas, com intuito de aprimorar o transporte aéreo no Brasil.

1 NOÇÕES CONCEITUAIS DO TRANSPORTE AÉREO E SUA REGULAMENTAÇÃO.

O transporte aéreo, é aquele em que uma companhia aérea, se obriga mediante retribuição, transportar pessoas, bagagens ou cargas, de um lugar para o outro pelo ar. Este meio de transporte ocupa lugar de destaque, uma vez que proporciona a circulação de pessoas e mercadorias de uma forma mais célere, contribuindo para o aumento de diversas atividades econômicas.

Morsello¹ afirma que tudo iniciou em doze de outubro de 1906, quando Alberto Santos Drummond, pilotou o primeiro voo oficialmente registrado na França, momento em que percorreu a distância de duzentos e vinte metros em vinte e um segundos, a seis metros do solo. Considerado o pai da aviação, após o referido êxito, inspirou novas empreitadas, além de receber diversos prêmios por ser o primeiro aeronauta a voar mais de vinte e cinco metros do solo em um voo nivelado.²

Com o crescimento do transporte aéreo, surge a necessidade de regulamentar esta categoria de transporte, através da aplicação de regras nacionais e internacionais. A Convenção de Varsóvia foi criada com a finalidade de regular o transporte aéreo internacional e a responsabilidade do transportador. Nessa linha Gregori afirma:

Em vista da expansão das rotas aéreas, além dos limites territoriais dos países e, no intuito de uniformizar regras no âmbito internacional, em 1929, foi criado um regime concernente à legislação aeronáutica, através da Convenção de Varsóvia, que foi ratificada pelo Brasil, através do Decreto nº 20.704, de 24 de novembro de 1931, que estipulou o regime da responsabilidade limitada, como forma de atenuar a responsabilidade e os efeitos de indenização do transportador aéreo. Ao longo dos anos, a Convenção sofreu várias emendas, culminando na Convenção de Montreal, de 28 de maio de 1999, que a modernizou, consolidando-a em um só texto.³

Já na seara da regulação brasileira do transporte aéreo, vige atualmente no país, segundo Moura⁴, o Código Brasileiro de Aeronáutica, pela Lei nº 7.565, de 19 de Dezembro de 1986, que abrange a regularização da navegação aérea, a aviação civil e transporte aéreo doméstico nacional.

O Código Brasileiro de Aeronáutica, nada mais é do que o órgão responsável por regular o transporte aéreo no Brasil. Deste modo, as autoridades aeronáuticas, possuem autonomia para deter aeronaves em voo no espaço aéreo ou em pouso no território brasileiro, quando houver desrespeitos às normas de direito aeronáutico, ou que coloque em risco a segurança da navegação aérea.

¹ DUMOND, Alberto Santos, nasceu em 20 de julho de 1873 em Minas Gerais. No ano de 1892 iniciou um período de estudos na França, o qual se especializou em física, química, mecânica e eletricidade. Aprendeu a arte do voo livre e construiu em 1898, seu próprio balão de hidrogênio. Foi em 1906 que teve seu primeiro voo oficial registrado, com seu aparelho mais pesado que o ar, chamado de 14-BIS, alcançando a altura de sessenta metros em um voo nivelado. Disponível em: <http://www2.anac.gov.br/certificacao/diversos>. Acesso em: 31 out. 2015.

² MORSELLO, Marco Fábio. **Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo**. 1. ed. 2.reimpr. São Paulo: Atlas, 2007. p. 46.

³ GREGORI, Maria Stella. **A Responsabilidade Civil Do Transporte Aéreo nas Relações de Consumo**. 2013. Disponível em: <http://s/conjur.com.br/dl/artigo-responsabilidade-civil.pdf>. Acesso em 12 set. 2015.

⁴ MOURA, Geraldo Bezerra de. **Transporte Aéreo e Responsabilidade Civil**. São Paulo: Aduaneira, 1992. p. 33.

Outro órgão que regulamenta o setor aéreo no país, é a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), pela Lei nº. 11.182 de 27 de Setembro de 2005, sendo a nova autoridade da aviação e de regulação do transporte aéreo, tendo como principal atividade a regulação técnica e econômica, para garantir segurança aos passageiros e usuários da aviação civil. Dessa forma, para reforçar o intuito dessa agência, seu institucional destaca:

A ANAC, vinculada à Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República, é uma autarquia especial, caracterizada por independência administrativa, autonomia financeira, ausência de subordinação hierárquica e mandato fixo de seus dirigentes, que atuam em regime de colegiado. Tem como atribuições regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária. Para tal, o órgão deve observar e implementar as orientações, diretrizes e políticas estabelecidas pelo governo federal, adotando as medidas necessárias ao atendimento do interesse público e ao desenvolvimento da aviação.⁵

Apesar da Agência Nacional de Aviação Civil e do Código Brasileiro de Aeronáutica, serem os principais órgãos de regulamentação do transporte aéreo nacional, existem outras normas presentes na Constituição Federal/1988, no Código Brasileiro do Consumidor e no Código Civil Brasileiro, que orientam a regulamentação desse setor. O artigo 21, XII, da CF/1988 destaca que a lei disporá sobre a ordenação do transporte aéreo, corroborando com o artigo 178, o qual a lei apontará o transporte aéreo nacional e internacional, observando o disposto em acordos firmados pela União, tendo como principal finalidade preservar o direito violado, protegendo o sujeito portador desse direito.

O Código de Defesa do Consumidor possui como foco principal a proteção do hipossuficiente, garantindo assim o equilíbrio entre os envolvidos na relação jurídica de consumo. O sistema consumerista estabelece normas de proteção ao consumidor, tendo como finalidade amenizar as falhas do mercado de consumo. Com base nesse estudo, Barutti sustenta que mesmo havendo fundamentação constitucional sobre aplicações de normas referentes a convenções internacionais, nos casos relacionados ao transporte aéreo, deve-se priorizar o princípio de proteção do consumidor. Em sua abordagem, o autor citado sustenta:

Data vénia, conclui-se que, embora existam diplomas especiais que regulem o transporte aéreo, essas normas não devem ser aplicadas quando houver possibilidade da limitação da responsabilidade, devendo aplicar-se sempre a norma mais favorável ao consumidor.⁶

⁵ BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. ANAC. *Institucional*. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br>>. Acesso em: 11 set. 2015.

⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26.

No aspecto dessas normas que possam mitigar o consumidor, limitando o valor da indenização, ou afastando o dever de indenizar, Negreiros salienta que atualmente existe uma corrente moderna, a qual defende que havendo conflitos destas normas entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, ambos prevalecerão por serem normas mais recentes.⁷

O Código de Defesa do Consumidor apresenta uma forma diferenciada da responsabilidade objetiva apresentada pelo Código Civil. Esta forma proporciona uma garantia maior ao consumidor, uma vez que o fornecedor não deixa de indenizar, independentemente de culpa. Todos que concorrem para o dano, respondem solidariamente, o que eleva a segurança do consumidor, propiciando o crescimento na estabilização da relação de consumo.

Por fim, diante de todo o exposto para compreensão da regulação do transporte aéreo, tanto na esfera nacional, quanto internacional, bem como no intuito de apresentar a forma de comportamento do transportador aéreo em relação aos danos causados aos seus passageiros, Moura enfatiza, que o transportador deverá atender à prestação legal ou contratual, e proceder com a indenização por prejuízos causados perante todas as modalidades do transporte aéreo.⁸ Como próximo passo, torna-se essencial aprofundar a análise do contrato de transporte aéreo.

2 O CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO

O contrato, nada mais é que um negócio jurídico entre duas ou mais pessoas, que segundo Bacciotti⁹, tem o objetivo de criar, modificar ou abolir um Direito. O contrato de transporte em si, caracteriza-se pelo transporte de pessoas ou coisas, mediante remuneração. A respeito disso, Miyada sustenta:

Contrato de transporte é aquele que uma pessoa ou empresa se obriga mediante retribuição, a transportar, de um local para outro, pessoas ou coisas animada ou inanimada. A empresa de transporte tem a capacidade desse tipo de prestação de serviços, seja por via terrestre, aquática, ferroviária ou aérea, e independentemente da distância, através de contratos celebrados com os respectivos usuários.¹⁰

⁷ NEGREIROS, Marcelo Costa Fernandes de. *Da Aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao Transporte Aéreo*. 2013. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em: 06 set. 2015.

⁸ MOURA, Geraldo Bezerra de. *Transporte Aéreo e Responsabilidade Civil*. São Paulo: Aduaneira, 1992. p. 236.

⁹ BACCIOTTI, Rui Carlos Duarte. *Contratos: Conceitos e Espécies*. Universo Jurídico. 2000. Disponível em <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/707/contratos__conceito_e_especies>. Acesso em: 20 nov. 2015.

¹⁰ MIYADA, William. *Conceito e Origens do Contrato de Transporte*. 2010. Disponível em: <<http://http://www.webartigos.com/artigos/conceito-e-origens-do-contrato-de-transporte>>. Acesso em: 12 set. 2015.

Complementando tal entendimento, o artigo 730, I do Código Civil Brasileiro, caracteriza o contrato de transporte, como um negócio jurídico, que tem por base elementar a vontade humana, o qual alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar de um lugar para outro, pessoas ou coisas. O contrato de transporte aéreo, segundo o Código Brasileiro de Aeronáutica, é aquele que se faz através do ar, sem dependência terrestre.

No entendimento dos autores, Nasihgile Sponholz o contrato de transporte aéreo é bilateral, oneroso, cumulativo, formal, típico e de resultado, embora haja alguns casos em que este contrato possa ter a modalidade gratuita, de acordo com o artigo 256, § 2º do Código Brasileiro de Aeronáutica.

Mendonça apresenta as duas modalidades de transportes, os nacionais ou domésticos, que são os realizados dentro do território brasileiro e os internacionais, que são aqueles realizados entre dois ou mais países distintos. Em relação à regulamentação do transporte doméstico, o Código Brasileiro de Aeronáutica é o regulador das questões dessa modalidade de transporte.¹¹

Segundo Morsello, existe outro ponto de análise sobre os transportes, onde se verifica o destaque que o transporte de passageiros possui em relação aos demais, pois há uma elevada preocupação com as denominadas obrigações de segurança e proteção. Uma vez configurado o dano, há a preocupação com a justa compensação da vítima, seguindo o princípio de dignidade da pessoa humana dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Em sua abordagem, o autor acima mencionado, entende que:

Impõe ao transportador, a par dos deveres ínsitos à boa-fé objetiva, o dever de informar e esclarecer, a denominada obrigação de proteção ao passageiro, velando por sua segurança, trasladando-o ao ponto de destino contratado no horário pactuado.¹²

Com relação à indenização dos contratos de transportes aéreos, Venosa destaca, que a mesma é tarifada tanto para o transporte nacional, como internacional, sendo que a lei fixa limites para indenizar morte ou lesão de passageiro, atraso no transporte, extravio de bagagem, bem como perda destruição ou avaria de carga. Assim, havendo culpa grave ou dolo do transportador, este responderá pelo direito comum, não apenas restringindo aos limites tarifados na lei.¹³ Nessa fenda, Silva complementa sobre a responsabilidade do transportador e sua obrigação:

¹¹ MENDONÇA, Fernando. *Direito dos Transportes*. 2.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 3.

¹² MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo*. 1.ed.2.reimpr. São Paulo: Atlas 2007, p. 99.

¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em Espécies*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 340.

O transportador assume não somente a responsabilidade de transportar, mas também é incumbido de obrigação secundária que estabelece que isso seja feito com segurança, visto que os transportadores têm “obrigação de resultado”, do contrário, acarretará no inadimplemento contratual ensejando a reparação por meio da responsabilidade civil.¹⁴

O transportador aéreo, independente de culpa irá responder pelos danos causados à pessoa ou coisa transportada, sendo que a mesma deve chegar ao local de destino, com nas mesmas condições que estava antes do transporte. Nesse contexto, Andrade ainda destaca que “a finalidade precípua, desse contrato não é exclusivamente transportar um passageiro, mas sim executar uma obrigação de resultado, isto é, o ônus que tem o transportador de entregar o contratante/viajante no local de destino combinado, de forma segura e incólume”.¹⁵

Em relação à obrigação e cumprimento de normas pelo transportador aéreo, enquadram-se também a responsabilidade das empresas no transporte cumulativo. O transporte cumulativo é aquele de responsabilidade de mais de uma empresa, que se obriga a cumprir sua parte no contrato, relativamente ao percurso, respondendo pelos danos nele causados às pessoas e coisas.¹⁶ No entendimento de Gonçalves, o transporte cumulativo ocorre, quando vários transportadores, efetuam sucessivamente o deslocamento contratado.

Todavia, para considerar cumulativo o transporte, é preciso que haja unidade da relação contratual a que se vinculam os diversos transportadores.¹⁷ Nessa mesma linha, Sardas afirma:

Questão que fatalmente será objeto de interpretação jurisprudencial é a referente à responsabilidade dos transportadores vinculados, valendo notar que o §3º do artigo 733 fala em solidariedade quando um dos transportadores for substituído no decorrer do percurso. A doutrina já vem se posicionando, defendendo uns o fracionamento da responsabilidade dos transportadores, enquanto outros falam em ampla responsabilidade solidária entre os empresários que figuram na cadeia do transporte cumulativo.¹⁸

¹⁴ SILVA, Débora Bos e. **A Responsabilidade Civil no Contrato de Transporte de Pessoas**. *Cognitio Juris*. João Pessoa, n.2, ago. 2011. Disponível em: <<http://www.cognitiojuris.com/artigos/02/01.html>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

¹⁵ ANDRADE. Ricardo. **Responsabilidade Civil no Contrato de Transporte de Pessoas: Transporte Puramente Gratuito**. 2014. Disponível em: <<https://juridicocorrespondentes.com.br/adv/ricardoandrade/artigos/responsabilidade-civil-no-contrato-de-transporte-de-pessoas-transporte-puramente-gratuito-841>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

¹⁶ SILVA. Evellyn Alves et al. **Contrato de Transporte e de Seguro**. [200-?] Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/contrato-de-transporte-e-de-seguro/89794/>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

¹⁷ GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.3. p. 483-484.

¹⁸ SARDAS. Leticia de Faria. **Contrato de Transporte**. 2006. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2006/10/contrato-de-transporte/>>. Acesso em: 05 maio 2016.

Nessa linha, o Código Civil Brasileiro trás em seus incisos § 1º e § 2º do artigo 733, a responsabilidade do transporte cumulativo, ressaltando que o dano, resultante do atraso ou da interrupção da viagem, será determinado em razão da totalidade do percurso. Se ocorrer substituição de algum dos transportadores no decorrer do percurso, a responsabilidade solidária, se estenderá ao substituto.¹⁹

Conclui-se, portanto, que o transporte cumulativo é aquele em que vários transportadores realizam o transporte por trechos mediante um único bilhete, mais conhecido como escalas no transporte aéreo, que estabelece unidade, como se a obrigação estivesse sendo cumprida por uma única empresa. Tanto no contrato cumulativo, quanto no contrato sucessivo, o transportador deve transportar pessoas ou coisas de forma incólume, respondendo solidariamente quando houver vários transportadores, pelo dano causado durante o percurso. Justamente por responder pelos danos causados durante o percurso do transporte, é imprescindível analisar a responsabilidade do transportador aéreo.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR AÉREO

Responsabilidade civil é a obrigação daquele que causou danos a um terceiro, reparar esse prejuízo causado. Está prevista no artigo 927 do Código Civil Brasileiro, que afirma: “aquele que, por ato ilícito causa dano a outrem, fica obrigada a repará-lo”.²⁰

Gomes acrescenta que “a responsabilidade civil tem como objetivo restaurar o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima, ou seja, restabelecer o estado em que a vítima se encontrava antes do dano, buscando uma indenização, reparação (dano material) ou uma compensação (dano moral)”.²¹ Segundo Costa, a função da responsabilidade atribui a concepção de poder, que se atribui a um dever nos interesses alheios. Nessa fenda complementa:

A concepção complexa e escalonada da função social da propriedade teve o mérito de superar os entendimentos dualistas, pelo qual a função social estaria atada à “natureza” de certos tipos de propriedade (por exemplo, a propriedade dos bens de produção). Não sendo mais considerado

¹⁹ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 10.406, de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 21 abr. de 2016.

²⁰ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 10.406, 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 nov. 2015.

²¹ GOMES, Luiz Flávio. Qual a Função da Responsabilidade Civil? 2009. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/143065/qual-a-funcao-da-responsabilidade-civil-kelli-aquotti-ruy>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

monoliticamente o direito, nem apenas visualizado externamente, a questão é de saber como se estrutura, em diferentes graus, a função social, conforme a função que o direito é chamado a operar e as efetivas utilidades da res para a sociedade, sendo certo que nem a Constituição brasileira nem o novo Código Civil traduzem a distinção, determinando apenas que “a propriedade (isto é, qualquer propriedade) atenderá à sua função social”. E se toda e qualquer propriedade “atenderá à sua função social”, assim não apenas a propriedade do solo ou a dos bens de produção, mas também a propriedade imaterial e a propriedade da empresa, por exemplo.²²

Complementando os fundamentos da responsabilidade civil, Venosa evidencia a preocupação com a proteção do consumidor pela Convenção de Varsóvia, a qual fomenta o transporte aéreo e o seu elevado capital para transportar os consumidores, levando em consideração o momento de estipulação de valores das indenizações.²³ Desta forma, com relação ao passageiro, a Convenção em seu artigo 17 dispõe que o transportador responde:

Pelo dano ocasionado por morte, ferimento ou qualquer lesão corpórea sofrida pelo viajante, desde que o acidente, que causou o dano, haja ocorrido a bordo da aeronave, ou no curso de quaisquer operações de embarque ou desembarque.²⁴

Por outro lado, o Código Brasileiro de Aeronáutica, em seu artigo 256, afirma que o transportador aéreo além de responder pelo dano da morte ou lesão de passageiro, causada por acidente ocorrido durante a execução do contrato de transporte, a bordo da aeronave ou durante o embarque e desembarque, responde também por atraso no transporte, eximindo-se da obrigação de indenizar apenas no caso de culpa exclusiva da vítima.²⁵

A responsabilidade civil do transportador aéreo é objetiva, isto é, independe de culpa para o agente causador do dano ser responsabilizado. Ela se caracteriza pela existência do ilícito ou violação de um direito de outro, independente de culpa. É difícil de provar a culpa do agente na sociedade moderna, dessa forma, Cavalieri Filho, complementa tal conceito, acrescentando, “uma responsabilidade objetiva sem culpa, baseada na chamada teoria do risco”, a

²² MARTINS COSTA, Judith. *Direito e cultura: entre as veredas da existência e da história*. In: BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 169-183.

²³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 190.

²⁴ BRASIL. Presidência da República. *Decreto nº 20.704, 24 de Novembro de 1931*. Institui a Convenção de Varsóvia. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20704.htm. Acesso em: 12 nov. 2015.

²⁵ BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 7.565, 19 de Dezembro de 1986*. Institui o Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7565.htm. Acesso em 14 nov. 2015.

qual foi adotada na legislação brasileira em determinados casos.²⁶ Finalizando a definição da responsabilidade civil objetiva, Diniz destaca:

A corrente objetivista desvinculou o dever de reparação do dano da ideia de culpa, baseando-o na atividade lícita ou no risco com 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, independente de culpa e mesmo sem necessidade de apelo ao recurso da presunção.²⁷

A Convenção de Varsóvia em seu artigo 22, 1²⁸, apresenta uma peculiaridade da responsabilidade do transportador aéreo, que segundo Cavalieri Filho, é a indenização limitada a um valor máximo, todavia há grandes dificuldades na sua fixação. Deste modo, a limitação passa a ser fixada com base no Direito Comum, se houver culpa grave ou dolo da parte do transportador, caberá a vítima demonstrar o ônus da prova.²⁹

Dessa forma, tanto no transporte nacional, quanto internacional, comprovado o dano na prestação de serviço, o transportador aéreo será responsável pela reparação destes danos, cabendo a indenização.³⁰ Pedro finaliza, falando da importância da responsabilidade civil das companhias aéreas na atualidade, afirmando:

A responsabilidade civil em sede das companhias aérea e demais empresas relacionadas à aviação civil, tem importância ímpar em um mundo cada dia mais globalizado, onde o fluxo de capitais gira literalmente nas asas das aeronaves que diuturnamente cortam os céus em todos os cantos do mundo.³¹

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 16.

²⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro volume 7: Responsabilidade Civil*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 68.

²⁸ Artigo 22. 1. No transporte de pessoas, limita-se a responsabilidade do transportador à importância de duzentos e cinquenta mil francos por passageiro. Se a indenização, segundo a lei do tribunal que conhecer da questão, puder ser arbitrada em constituição de renda, não poderá o respectivo capital exceder aquele limite. Entretanto, por acordo especial com o transportador, poderá o passageiro fixar em mais o limite da responsabilidade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20704.htm. Acesso em: 14 nov. 2015.

²⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio, *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, pg. 340.

³⁰ TELÓ, Felipe Garcia. *A Responsabilidade Civil do Transporte Aéreo*. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1424/1360>. Acesso em: 08 out. 2015.

³¹ PEDRO, Fábio Anderson de Freitas. *A Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo*. Disponível em: <http://www.sbda.org.br/revista/Anterior/1758.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

Verifica-se assim, que a finalidade da responsabilidade civil, é reparar o dano ao ponto que satisfaça a vítima, no estado em que se encontrava antes do prejuízo.³²

Após verificar a aplicação da responsabilidade civil do transportador aéreo, analisa-se outro ponto de extrema importância que são as hipóteses de atenuantes dessa responsabilidade civil, que possuem as companhias aéreas, ressaltando-se que as mesmas não eximem o dever de reparar o dano causado.

4 ATENUANTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO TRANSPORTE AÉREO

Ao apresentar a importância do dano e sua reparação, não se pode deixar de mencionar algumas hipóteses em que o transportador aéreo possui atenuantes em relação aos danos causados aos passageiros. Em momento algum tem-se a finalidade de afastar a responsabilidade do transportador aéreo frente à estes danos, apenas expõe-se algumas teorias que o diminuem essa responsabilidade, por se tratar de questões fortuitas. A Convenção de Varsóvia foi a primeira a tratar desta questão, destacando em seu artigo 20, que:

Se o transportador prova que a pessoa que pede indenização, ou a pessoa da qual se origina seu direito, causou o dano ou contribuiu para ele por negligência, erro ou omissão, ficará isento, total ou parcialmente, de sua responsabilidade com respeito ao reclamante, na medida em que tal negligência, ou outra ação ou omissão indevida haja causado o dano ou contribuído para ele. Quando uma pessoa que não seja o passageiro, pedir indenização em razão da morte ou lesão deste último, o transportador ficará igualmente exonerado de sua responsabilidade, total ou parcialmente, na medida em que prove que a negligência ou outra ação ou omissão indevida do passageiro causou o dano ou contribuiu para ele.³³

Logo, deve ser verificada a situação em que ocorreu o dano, e se de fato o transportador possuiu interferência para ocorrência do mesmo. O código de defesa do consumidor, em seu artigo 14, § 3º, II complementa o entendimento da Convenção de Varsóvia, expondo: "O fornecedor de serviços só não

³² SOUZA, Márcio Eduardo Matias de. *A Responsabilidade Civil no Contrato de Transporte de Passageiros em Desastres Aéreos*. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/artigos/marcio_eduardo.pdf>. Acesso em: out. 2015.

³³ BRASIL. Presidência da República. *Decreto nº 20.704, 24 de Novembro de 1931*. Institui a Convenção de Varsóvia. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20704.htm>. Acesso em 12 nov. 2015.

será responsabilizado, quando provar: I. que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II. a culpa exclusiva do consumidor ou do terceiro.”³⁴. Nessa seara, Benjamin ressalta:

Por derradeiro, a culpa exclusiva da vítima (não a concorrente), assim como a de terceiro, elide a responsabilidade. Se o comportamento do consumidor é o único causador do acidente de consumo, não há o que se falar emnexo de causalidade entre o serviço e o fato danoso. Se houver concorrência entre o comportamento da vítima e um defeito existente no produto, a excludente não mais se aplica.³⁵

A principal questão em relação à este tema, esta elencada no artigo 734 do Código Civil Brasileiro, que afirma: “O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.” A força maior, segundo Secco, “evidencia um acontecimento resultante do ato alheio (fato de outrem), que sugere os meios de que se dispõe para evita-lo”.³⁶

Força maior não se distingue de caso fortuito, sendo que ambos estão relacionados à situações imprevisíveis. Em contrapartida, discordando de tal afirmação, Diniz apresenta distinções entre caso fortuito e força maior, destacando:

Força maior a causa do dano é sempre conhecida porque decorre de um fato da natureza, ao passo que no caso fortuito o acidente advém de uma causa desconhecida ou de algum comportamento de terceiro que, sendo absoluto, acarreta a extinção das obrigações, salvo se as partes convencionaram o pagamento de alguma indenização ou se a lei estabelecer esse dever, nos casos de responsabilidade objetiva.³⁷

Ainda no que tange as atenuantes da responsabilidade do transportador aéreo, não se deve deixar de mencionar o fato exclusivo do terceiro na hipótese de dano evento. Para caracterização deste, impõe-se a conferência do nexocausal.³⁸ Terceiro é qualquer pessoa que não tenha nenhum vínculo

³⁴ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 8.078, 11 de Setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso 12 nov. 2015.

³⁵ BENJAMIN. Antônio Herman V. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 169.

³⁶ SECCO, Orlando de Almeida. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981, p. 125.

³⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 45.

³⁸ MORSELLO. Marco Fábio. **Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo**. 1.ed.2.reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 212.

jurídico com o transportador, que possa torna-lo responsável pelos seus atos. Todavia, segundo Dantas, “a jurisprudência não tem admitido o fato do terceiro como excludente de responsabilidade em casos de transportes de passageiros”.³⁹ Isso porque ela analisa o dever do transportador em zelar pela segurança e integridade dos passageiros.

Dessa forma, verificou-se que existem situações em que a responsabilidade do transportador é amenizada, todavia não se podem utilizar essas hipóteses de atenuantes como justificativa para deixar de reparar o dano causado ao passageiro, pois havendo dano, o mesmo deverá ser reparado. Com isso, pode-se verificar que a reparação de danos independe de atenuantes quando a responsabilidade é objetiva, bastando à existência do dano, o agente causador e o nexo causal, para que seja caracterizada.

Ninguém desconhece que a mídia expõe através de jornais e revistas, que o Brasil está próximo a um caos aéreo⁴⁰. Deste modo, é importante apresentar as principais falhas do setor aéreo, que são mais discutidas, reclamadas e que ensejam mais demandas judiciais, com a finalidade de verificar quais os procedimentos a serem adotados para cada tipo de irregularidade.

5 PRINCIPAIS CAUSAS DE RESPONSABILIDADE CIVIL NO TRANSPORTE AÉREO.

No que tange a reparação dos danos decorrentes dos transportes aéreos, deve-se analisar como ponto inicial, quem será responsabilizado por estes danos. Em relação a danos que abordam atrasos e cancelamentos de voos, Figueiredo sustenta que quem responde pelas companhias aéreas é a União, através Aeronáutica e da ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil)⁴¹. Em contrapartida, Fischer apresenta o papel do Código Brasileiro de Aeronáutica, nos casos de atrasos e cancelamentos de voos:

³⁹ DANTAS, Diego de Freitas. *Responsabilidade do Transportador*. 2008. Disponível em: <<http://www.fadivale.com.br/portal/revista-online/revistas/2008/Diego.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

⁴⁰ De acordo com matéria publicada na revista *Veja*, em março de 2007, Lima sustentou que após o choque entre o jato Legacy e um Boeing da Gol, que acabou provocando a morte de cento e cinquenta e quatro pessoas no ano de 2006, bem como o surgimento de imensas filas e atrasos de voos nos aeroportos brasileiros, desencadearam uma nova crise nacional, chamada de crise aérea ou caos aéreo. A partir daí, os passageiros tem convivido com poucos períodos de normalidade, uma vez que estas são interrompidas por sobressaltos gerados por problemas nos aeroportos e falhas na prestação de serviço. O autor supracitado ainda complementa que a crise está clara, pois persistem as suas causas. LIMA, Maurício. *Caos Aéreo*. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/perguntas_respostas/caos_aereo/>. Acesso em: 02 jun. 2016.

⁴¹ FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. *O consumidor e o aspecto jurídico da crise aérea*. *Revista Consultor Jurídico*. 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-fev-18/consumidor_aspecto_juridico_crise_aerea>. Acesso em: 15 nov. 2015.

O Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565, de 19.12.1986), fixa condições obrigatórias a serem insertas no bilhete de passagem representativo do contrato de transporte, obrigando ao transportador a providenciar o embarque imediato do passageiro em outro voo ou, alternativamente, o reembolso da importância paga pelo passageiro no caso do cancelamento do voo e outras penalidades para os casos de atraso na partida ou interrupção de viagem por mais de quatro horas (Código Brasileiro de Aeronáutica, arts.229, 230 e 231) e pagamento de despesas de transporte pessoal, alimentação, hospedagem, sem prejuízo de eventual responsabilidade civil.⁴²

O passageiro que vier a sofrer atraso ou cancelamento de voo, desde que devidamente comprovado, na concepção de Kisteumacher, terá direito a reparação deste dano. Todavia o autor reforça que “o atraso ou cancelamento de um voo, por si só, não configura automaticamente qualquer tipo de dano moral, sendo imprescindível que as circunstâncias do caso concreto apontem para efetiva e concreta violação da dignidade da pessoa, tal como compreendido o preceito exposto no art. 1 inciso III da CF/88”.⁴³ Deste modo, Silva complementa:

Mesmo sabendo que não é de fácil acesso verificar qual foi o problema causado por cada cancelamento ou atraso dos voos, e quem foi o principal responsável por tal acontecimento, deve-se desde então saber que os responsáveis por essa linha de transição são tanto a União quanto às companhias aéreas, ou até mesmo de ambas as partes. O importante é saber que existe sim um contrato e que nele consta duas ou mais pessoas que se responsabilizam por qualquer dano sofrido, não se isentando jamais de toda e qualquer obrigação⁴⁴.

Na análise, referente aos atrasos e cancelamentos de voos, é indiscutível o dever das companhias aéreas em ressarcir os danos causados aos passageiros. Todavia, Moraes enfatiza, que “não será qualquer situação desconfortável pela qual passe o indivíduo que se revelará capaz de ensejar o dano moral, mas tão somente aquela que venha a resultar em grave violação da dignidade humana da vítima”.⁴⁵

⁴² FISCHER, Douglas. **O dever de indenizar das companhias aéreas por danos morais e materiais**. 2005. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/95-artigos-nov-2005/5365>>. Acesso em 15 nov. 2015.

⁴³ KISTEUMACHER, Daniel Henrique Rennó. **Dano moral por atraso ou cancelamento de voo**. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19649/dano-moral-por-atraso-ou-cancelamento-de-voo>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

⁴⁴ SILVA, Talyta Roana Cordeiro. **Responsabilidade e Caos Aéreos nas Companhias**. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3570&idAreaSel=2&seeArt=yes>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

⁴⁵ MORAES, Maria Celina Bondin de. **Danos à Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 188-189.

No que tange as principais causas de responsabilidade civil, não se pode deixar de mencionar o extravio de bagagens. Segundo Trivellato, a bagagem é considerada extraviada, quando não chega ao seu destino final⁴⁶. Nessa fenda, Morsello fala da responsabilidade limitada do transportador por perda, avaria ou destruição de bagagem, evidenciando que deve haver a prova da culpa grave ou dolo de quem presta o serviço de transporte. Por outro lado, o autor expõe as excludentes de indenização, salientando:

No que concerne às excludentes do dever de indenizar por parte do transportador aéreo doméstico, correlacionadas com perda, destruição ou avaria de bagagem, ou atraso na entrega, fixou-se o rol taxativo no bojo do art. 264 do Código Brasileiro de Aeronáutica, ou seja, escudado na natureza ou vício próprio da mercadoria, embalagem defeituosa, não afetada pelo transportador, ato de guerra ou conflito armado e ato de autoridade pública referente à carga.⁴⁷

Dessa forma, a responsabilidade do transportador aéreo pelos danos causados à bagagem, será sempre objetiva, devendo haver nexo de causalidade entre o fato e o dano. Em razão da existência da relação entre consumidor e serviço, o passageiro que tem sua bagagem extraviada, é considerado consumidor, sendo o CDC responsável por regular esta relação de consumo⁴⁸.

Além do Código de Defesa do Consumidor, na visão de Moura, o Código Brasileiro de Aeronáutica, também demonstra a preocupação com o passageiro, enfatizando a obrigação do transportador em ressarcir os danos causados pelo extravio de bagagem.⁴⁹ Nesse contexto, Oliveira relembra que “responsabilidade civil é o dever de determinada parte, responsável por um ato que venha prejudicar outra, de responder pelo dano resultante à pessoa que espere restituição ou ressarcimento”. Na sua abordagem, o autor supracitado salienta:

⁴⁶ TRIVELLATO, Marcia. **A companhia aérea perdeu e/ou violou minha bagagem. Como devo Agir?** 2015. Disponível em: <http://marciacstrivellato.jusbrasil.com.br/artigos/254339451/a-companhia-aerea-perdeu-e-ou-violou-minha-bagagem-como-devo-agir?ref=topic_feed>. Acesso em 17 nov. 2015.

⁴⁷ MORSELLO, Marco Fábio. **Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo**. 1.ed.2.reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 212.

⁴⁸ BUCCI, Mário Cesar. **Revista de Responsabilidade Civil**. Campinas: Mizuno, 2000. p. 55.

⁴⁹ MOURA, Geraldo Bezerra de. **Transporte Aéreo e Responsabilidade Civil**. São Paulo: Aduaneira, 1992. p. 219.

Para que se possa configurar a responsabilidade civil e a tentativa de postular o direito por uma indenização por perdas e danos, devem ficar configurados o fato, que seria o extravio da bagagem, o dano, que será configurado pelos elementos prejuízo e lesão jurídica, e o nexos causal, que configuraria o liame entre a conduta e os resultados, aplicando-se a teoria da causalidade adequada.⁵⁰

Ainda em relação aos danos sofridos pelos consumidores, há um tema de forte relevância para o transporte aéreo, conhecido como overbooking.⁵¹ Overbooking segundo Morsello, é a “aceitação do transportador de reservas para determinado voo em quantidade superior à capacidade da aeronave”. Ou seja, é a promessa do transportador de prestar o serviço, junto a um número elevado de passageiros aos meios disponíveis.⁵² O overbooking é praticado por interesses financeiros da companhia aérea, sendo que esta deve arcar com todos os prejuízos causados ao passageiro. Alvarenga complementa:

Ademais, como vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça em reiterados recursos, à minimização do desconforto causado ao passageiro pelo fornecimento de hotel, táxi e alimentação, não basta para excluir a responsabilidade civil.⁵³

A prática do overbooking ampliou-se rapidamente, sendo um procedimento comum entre as companhias aéreas. Dessa forma, a ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil) como fiscalizadora, estipulou “a aplicação de multas ao transportador que não der embarque ao passageiro com viagem confirmada, por motivo de excesso de reservas no mesmo voo”⁵⁴, com finalidade de diminuir a prática do overbooking, na intenção de preservar o passageiro. Os tribunais tem entendido a prática do overbooking, como má prestação de serviço, devendo o passageiro ser devidamente reparado pelos danos sofridos.

Após serem analisadas as principais causas de responsabilidade civil, importante destacar ainda as hipóteses que amenizam essas falhas no setor aéreo, contudo ressalta-se de imediato, que a intenção não é excluir a responsabilidade do transportador aéreo, mas sim, amenizar as reparações em algumas situações que serão apresentadas.

⁵⁰ OLIVEIRA, Caio Maia Xavier de. **Responsabilidade Civil por extravio de bagagem**. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,responsabilidade-civil-por-extravio-de-bagagem,49806.html>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

⁵¹ OVERBOOKING, é uma termo em inglês, que significa excesso de reservas, sendo que empresas aéreas vendem ou reservam passagens aéreas acima do número de lugares disponíveis.

⁵² MORSELLO, Marco Fábio. **Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo**. 1.ed.2.reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 181.

⁵³ ALVARENGA, Leo Junqueira Ribeiro de. Overbooking. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XIII, n.75, abr 2010. Disponível em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7589>. Acesso em: 20 nov. 2015.

⁵⁴ BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. ANAC. **Ouvidoria**. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br>>. Acesso em: 11 set. 2015.

6 HIPÓTESES PARA AMENIZAR AS FALHAS DO SETOR AÉREO

As falhas do setor aéreo, conforme já mencionada, crescem rapidamente. Uma das formas utilizadas para amenizar estas irregularidades, foi a aplicação de multas pela ANAC (Agência Nacional de Aviação). Em relação à atrasos de voos, Studart salienta a penalidade da regulamentadora, afirmando que, “caso ocorram atrasos com mais de quatro horas a multa será de R\$ 10.000,00 (Dez mil reais) por passageiro, isso se não houver reembolso, alteração de voo ou garantia de hospedagem em hotel.”.⁵⁵ Ainda nessa seara, a ANAC (Agência Nacional de Aviação), elevou ainda mais o valor das multas, para infrações externas das companhias aérea, que geram grandes prejuízos aos passageiros, foi caso da empresa aérea Centurion, que segundo matéria publicada pela revista Gazeta:

A ANAC afirmou que a medida visa coibir infrações que causem grandes transtornos, como o ocorrido no aeroporto de Viracopos em Campinas/ SP. Na ocasião, um cargueiro teve o pneu estourado e tombou na única pista, provocando o fechamento do aeroporto por 46 horas. O acidente causou cancelamento de cerca de 500 voos e prejudicou ao menos 25 mil passageiros. Após a liberação da pista, a ANAC multou a empresa norte-americana, dona da aeronave, em 2,8 milhões.⁵⁶

Além das multas aplicadas pela ANAC, outra forma de reduzir as falhas do setor aéreo, segundo a publicação da revista Veja, seria a introdução de “um plano aeroviário nacional, que estabelecesse uma política clara de reformulação e reorganização da infraestrutura aeroportuária, a qual o governo precisa investir mais do tráfego aéreo, como os centros de controle de voos”.⁵⁷

Outro fator apresentado para diminuir atrasos de voos, foi a implementação de voos reservas. Isto é, nos períodos de maior fluxo de voos nos aeroportos brasileiros, de acordo com Colussi, as empresas aéreas comprometeram-se a reservar no mínimo quinze aeronaves extras, bem como antecipar a manutenção dessas aeronaves para evitar futuros transtornos mecânicos, não realizar a prática de vendas de passagens superiores ao número de assentos (overbooking) e por fim utilizar formas alternativas para agilizar os procedimentos internos como check-in e despacho de malas.⁵⁸

⁵⁵ STUDART, Alberto. **Os atrasos e falhas no setor aéreo**. Disponível em: <opovo.com.br/asaseflaps/os-atrasos-e-falhas-setor-aereo-brasileiro>. Acesso em: 28 mar. 2016.

⁵⁶ ANAC eleva valor de multa em caso de falhas no setor aéreo. **GAZETA do povo**. 01 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/economia/anac-eleva-valor-de-multa-em-caso-de-falhas-no-setor-aereo-2nrpq3ntvqg6mdllgthhuzbi>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

⁵⁷ VEJA. **Caos Aéreo**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/perguntasrespostas/caosaereo/>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

⁵⁸ COLUSSI, Joana. **Atrasos e Cancelamentos de Voos Alertam para Risco de Caos Aéreo no fim do ano**. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2010/11/atrasos-e-cancelamentos-de-voos-alertam-para-risco-de-caos-aereo-no-fim-do-ano-3125852.html>>. Acesso em 29 mar. 2016.

Para Barat, uma das principais causas de falhas no setor aéreo, foi a globalização. Pois é através da globalização que se integra pessoas e países de todo o mundo, o que torna necessário em diversas vezes a utilização de voos nacionais ou internacionais, para tratar das diversas transações tanto comerciais como culturais. Nesse sentido, o autor supracitado evidencia:

No caso de passageiros, houve também um grande crescimento em decorrência de vários fatores, tais como o aumento de produtividade do transporte aéreo, barateamento das passagens, maior número de aposentados viajando, extensão de períodos de feriados e férias, aumento do turismo e das viagens de negócios, estas decorrentes também da globalização. A aviação civil tem uma cadeia produtiva bastante extensa e diversificada, que envolve, por exemplo, desde o agente de viagens até o fornecedor de catering para os aviões. É uma cadeia de produção extremamente complexa e fortemente influenciada pelo aumento de demanda.⁵⁹

Apesar de ter ocorrido um aparente despertar do governo em retomar o controle do caos aéreo, verifica-se por fim, que a solução para as falhas no setor aéreo, parece estar longe de serem solucionadas, pois segundo Neto a origem dos problemas no setor advém inclusive da falta de investimentos, seja em aparelhagem, seja em infraestrutura aeroportuária, ou seja, ainda em material humano.⁶⁰

Ainda nesta seara, outra forma de auxiliar na solução desses problemas aéreos e principalmente aeroportuários, é a intervenção do governo, com medidas punitivas para determinados casos, bem como a reorganização da infraestrutura aeroportuária. A intervenção governamental além de regular a forma abusiva em algumas atitudes dos transportadores aéreos, também é responsável pelos danos ocorridos nas instalações aeroportuárias. Em relação aos danos causados aos passageiros nessas instalações, gera a dúvida se a responsabilidade abrange o governo ou as companhias aéreas, uma vez que a Convenção de

⁵⁹ BARAT, Joseh. **Transporte Aéreo: Falhas estão na Infraestrutura e Coordenação**. 2011. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/6164950-Transporte-aereo-falhas-estao-na-infraestrutura-e-na-coordenacao-josef-barat.html>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

⁶⁰ NETO, Roberto Grassi. Crise no Setor de Transporte Aéreo e a Responsabilidade por Acidente de Consumo. **Revista dos Tribunais**, v.64, p. 109-1033, 2007. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**, v.4, p. 1041-1070, abr. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007a00000154a31865cc61851cb4&docguid=Ifa973daof25211dfab6fo10000000000&hitguid=Ifa973daof25211dfab6fo10000000000&spos=8&epos=8&td=3050&context=24&st artChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 10 maio 2016.

Varsóvia em seu artigo 17 dispõe que o transportador somente responderia por danos a bordo da aeronave, ou no curso de qualquer operação de embarque e desembarque.⁶¹ Nessa fenda Morsello destaca:

Não há como deixar de expender considerações no tocante à existência de situações complexas, mesmo diante a regulamentação mais específica na seara do transporte aéreo, para fins de divisar na hipótese de transporte de dano-evento ao passageiro, efetiva responsabilidade do transportador, com fundamento no dever de segurança e obrigação de proteção ou da sociedade administradora do aeroporto.⁶²

Neto destaca que o transporte aéreo de passageiros é realizado sob concessão governamental, guarda igualmente relevância o fato de nossa legislação assegurar que os serviços públicos sejam ofertados adequadamente, ou seja, não apenas de modo contínuo e eficiente, como seguro.⁶³ Dessa forma, garantindo a segurança e ampliando o amparo ao consumidor, Venosa finaliza:

Toda responsabilidade objetiva é tarifada, se houve culpa grave ou dolo do transportador, responderá este pelo direito comum, culpa aquilina, nos termos do artigo 186 do Código Civil, devendo a reparação ser ampla e cabal, não se restringindo aos limites tarifados na lei, conforme o artigo 248 do Código Brasileiro de Aeronáutica. Também não se exclui a indenização por dano moral no transporte aéreo pela perda ou extravio de bagagem, retardamento injustificável ou cancelamento de viagem. Nessas situações também não estará o julgador preso a indenização tarifada, aplicando-se o Código de Defesa do Consumidor. Após vacilação inicial da jurisprudência, essa tem sido a orientação do STJ, cuja posição é ampliativa em matéria de transporte e a aplicação do CDC mormente nas questões de perda ou extravio de bagagem.⁶⁴

⁶¹ BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 20.704, 24 de Novembro de 1931**. Institui a Convenção de Varsóvia. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20704.htm>. Acesso em 25 mai. de 2016.

⁶² MORSELLO. Marco Fábio. **Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo**. 1.ed.2.reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 125.

⁶³ NETO. Roberto Grassi. **Crise no Setor de Transporte Aéreo e a Responsabilidade por Acidente de Consumo**. Revista dos Tribunais, V. 64/2007, P. 109-1033. Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor | vol. 4 | p. 1041 - 1070 | Abr. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=rl&srcuid=ioad6007a00000154a31865cc61851cb4&docguid=Ifa973daof25211dfab6fo1000000000&hitguid=Ifa973daof25211dfab6fo1000000000&spos=8&epos=8&td=3050&context=24&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 28 mai. de 2016.

⁶⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Contratos em Espécie**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 342.

Verifica-se que independente da intervenção governamental, a preocupação com o consumidor é evidenciada e a reparação de danos, fortemente ressaltada. Conclui-se, portanto, que a intervenção governamental é de extrema importância, para amenizar as falhas neste setor, as quais já se encontram em um patamar de urgência, uma vez que se não solucionadas no presente, poderão trazer consequências futuras irreparáveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi possível analisar a responsabilidade civil das companhias aéreas, perante os danos causados aos passageiros, gerados principalmente pelo descumprimento da relação contratual, por parte da empresa aérea. Conseqüentemente, observou-se que era necessário à regulamentação do setor aéreo, sendo apresentada assim a Convenção de Varsóvia como órgão regulador do transporte aéreo internacional e a ANAC e Código Brasileiro de Aeronáutica, como os principais órgãos brasileiros que regulam a aviação no Brasil.

Outro ponto preponderante, abordado foi à função da responsabilidade civil, que tem como foco principal, recompor o estado em que a vítima se encontrava antes de sofrer o dano, sendo aplicada assim a reparação através da indenização, tanto moral quanto material, enquadrando-se, conforme já verificado, a responsabilidade civil objetiva, não dependendo de comprovação de dolo ou culpa do agente causador do dano.

No que tange as funções compensatórias, percebeu-se que as mesas possuem o intuito de reequilibrar o que o prejuízo desequilibrou. Todavia, nem sempre é possível ressarcir os danos sofridos pelos consumidores, por isso o ordenamento reconhece o direito do lesado de receber uma compensação, que pode ser pecuniária ou não, desde que influencie na redução do patrimônio do devedor, que foi o agente causador do dano ou responsável por ele.

O que se pretendeu, foi demonstrar as principais falhas ocorridas no setor aéreo e quais formas que podem ser utilizadas para reparar os danos causados por tais irregularidades, utilizando o Direito e suas normas, com o sistema de embasamento da responsabilidade civil, e ainda, pode-se verificar as condutas das companhias aéreas em relação a estes danos e quais medidas estão sendo tomadas para amenizar as desarmonias existentes neste setor para evitar consequências futuras irreparáveis no setor aéreo brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Leo Junqueira Ribeiro de. Overbooking. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XIII, n.75, abr. 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7589>. Acesso em: 20 nov. 2015.

GAZETA DO POVO. **ANAC Eleva Valor de Multa em Caso de Falhas no Setor Aéreo**. 01 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/economia/anac-eleva-valor-de-multa-em-caso-de-falhas-no-setor-aereo-2nrpq3ntvqg6mdllgthhuzbi>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

ANDRADE, Ricardo. **Responsabilidade Civil no Contrato de Transporte de Pessoas: Transporte Puramente Gratuito**. 2014. Disponível em: <<https://juridicocorrespondentes.com.br/adv/ricardoandrade/artigos/responsabilidade-civil-no-contrato-de-transporte-de-pessoas-transporte-puramente-gratuito-841>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

BACCIOTTI, Rui Carlos Duarte. **Contratos: Conceitos e Espécies**. Universo Jurídico. 2000. Disponível em <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/707/contratos__conceito_e_especies>. Acesso em: 20 nov. 2015.

BARAT, Joseh. **Transporte Aéreo: Falhas estão na Infraestrutura e Coordenação**. 2011. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/6164950-Transporte-aereo-falhas-estao-na-infraestrutura-e-na-coordenacao-josef-barat.html>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

BENJAMIN, Antônio Herman V. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. ANAC. **Institucional**. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br>>. Acesso em: 11 set. 2015.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. ANAC. **Ouvidoria**. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br>>. Acesso em: 11 set. 2015.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 20.704, 24 de Novembro de 1931**. Institui a Convenção de Varsóvia. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20704.htm. Acesso em: 12 nov. 2015.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 10.406, 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 nov. 2015.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 7.565, 19 de Dezembro de 1986**. Institui o Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7565.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.078, 11 de Setembro de 1990**. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 12 nov. 2015.

BUCCI, Mário Cesar. **Revista de Responsabilidade Civil**. Campinas: Mizuno, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sérgio, **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COLUSSI, Joana. **Atrasos e Cancelamentos de Voos Alertam para Risco de Caos Aéreo no fim do ano**. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2010/11/atrasos-e-cancelamentos-de-voos-alertam-para-risco-de-caos-aereo-no-fim-do-ano-3125852.html>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

DANTAS, Diego de Freitas. **Responsabilidade do Transportador**. 2008. Disponível em: <<http://www.fadivale.com.br/portal/revista-online/revistas/2008/Diego.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro volume 7: Responsabilidade Civil**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. **O consumidor e o aspecto jurídico da crise aérea**. *Revista Consultor Jurídico*. 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-fev-18/consumidor_aspecto_juridico_crise_aerea>. Acesso em: 15 nov. 2015.

FISCHER, Douglas. **O dever de indenizar das companhias aéreas por danos morais e materiais**. 2005. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/95-artigos-nov-2005/5365>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Qual a Função da Responsabilidade Civil?** 2009. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/143065/qual-a-funcao-da-responsabilidade-civil-kelli-aquotti-ruy>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.3..

GREGORI, Maria Stella. **A Responsabilidade Civil Do Transporte Aéreo nas Relações de Consumo**. 2013. Disponível em: <<http://s/conjur.com.br/dl/artigo-responsabilidade-civil.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2015.

KISTEUMACHER, Daniel Henrique Rennó. **Dano moral por atraso ou cancelamento de voo**. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19649/dano-moral-por-atraso-ou-cancelamento-de-voo>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

LIMA, Maurício. **Caos Aéreo**. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/perguntas_respostas/caos_aereo/>. Acesso em: 02 jun. 2016.

MARTINS COSTA, Judith. **Direito e cultura: entre as veredas da existência e da história**. In: BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MENDONÇA, Fernando. **Direito dos Transportes**. 2.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1990.

MIYADA, William. **Conceito e Origens do Contrato de Transporte**. 2010. Disponível em: <<http://http://www.webartigos.com/artigos/conceito-e-origens-do-contrato-de-transporte>>. Acesso em: 12 set. 2015.

MORAES, Maria Celina Bondin de. **Danos à Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORSELLO, Marco Fábio. **Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo**. 1. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

MOURA, Geraldo Bezerra de. **Transporte Aéreo e Responsabilidade Civil**. São Paulo: Aduaneira, 1992.

OLIVEIRA, Caio Maia Xavier de. **Responsabilidade Civil por extravio de bagagem**. Disponível em <<http://http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,responsabilidade-civil-por-extravio-de-bagagem,49806.html>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

NEGREIROS, Marcelo Costa Fernandes de. **Da Aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao Transporte Aéreo**. 2013. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em: 06 set. 2015.

NETO, Roberto Grassi. Crise no Setor de Transporte Aéreo e a Responsabilidade por Acidente de Consumo. **Revista dos Tribunais**, v.64, p.109-1033, 2007.

Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor, v.4, p.1041-1070, abr. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007a00000154a31865cc61851cb4&docguid=lfag73daof25211dfab6f010000000000&hitguid=lfag73daof25211dfab6f010000000000&spos=8&epos=8&td=3050&context=24&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 10 mai. 2016.

NETO. Roberto Grassi. **Crise no Setor de Transporte Aéreo e a Responsabilidade por Acidente de Consumo**. Revista dos Tribunais, V. 64/2007, P. 109-1033. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor** | vol. 4 | p. 1041 - 1070 | Abr. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007a00000154a31865cc61851cb4&docguid=lfag73daof25211dfab6f010000000000&hitguid=lfag73daof25211dfab6f010000000000&spos=8&epos=8&td=3050&context=24&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 28 mai. de 2016.

PEDRO, Fábio Anderson de Freitas. **A Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo**. Disponível em: <<http://www.sbda.org.br/revista/Anterior/1758.htm>>. Acesso em: 10 out. 2015.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARDAS. Letícia de Faria. **Contrato de Transporte**. 2006. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2006/10/contrato-de-transporte/>>. Acesso em: 10 out. 2015.

SECCO, Orlando de Almeida. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981.

SILVA, Débora Bos e. **A Responsabilidade Civil no Contrato de Transporte de Pessoas**. *Cognitio Juris*. João Pessoa, n.2, ago. 2011. Disponível em: <<http://www.cognitiojuris.com/artigos/02/01.html>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

SILVA, Talyta Roana Cordeiro. **Responsabilidade e Caos Aéreos nas Companhias**. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3570&idAreaSel=2&seeArt=yes>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

SILVA, Evellyn Alves et al. **Contrato de Transporte e de Seguro**. [200-?] Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/contrato-de-transporte-e-de-seguro/89794/>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

SOUZA, Márcio Eduardo Matias de. **A Responsabilidade Civil no Contrato de Transporte de Passageiros em Desastres Aéreos**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/artigos/marcio_eduardo.pdf>. Acesso em: 12 out. 2015.

STUDART, Alberto. **Os atrasos e falhas no setor aéreo**. Disponível em: <opovo.com.br/asaseflaps/os-atrasos-e-falhas-setor-aereo-brasileiro>. Acesso em: 28 mar. 2016.

TELÓ, Felipe Garcia. **A Responsabilidade Civil do Transporte Aéreo**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1424/1360>>. Acesso em: 08 out. 2015.

TRIVELLATO, Marcia. **A companhia aérea perdeu e/ou violou minha bagagem. Como devo Agir?** 2015. Disponível em: <http://jusbrasil.com.br/artigos/254339451/a-companhia-aerea-perdeu-e-ou-violou-minha-bagagem-como-devo-agir?ref=topic_feed>. Acesso em: 17 nov. 2015.

VEJA. **Caos Aéreo**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/perguntasrespostas/caosaereo/>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Contratos em Espécies**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

a compensação tributária de débitos fiscais com precatórios judiciais

Christian Gustavo Fülber

Acadêmico de Curso de Direito na Universidade Feevale. E-mail: christiangfulber@gmail.com.

Marina Furlan

Professora do Curso de Direito da Universidade Feevale. Mestre em Direito pela Universidade Luterana do Brasil. Advogada.
E-mail: marina@buffonefurlan.com.br.

INTRODUÇÃO

Buscou-se, com o presente trabalho, o estudo do instituto da compensação no âmbito do Direito Tributário, mais especificamente no que diz respeito à “compensação de tributos com precatórios judiciais de titularidade dos contribuintes”, em face do Ente credor do tributo, especialmente a partir da análise dos artigos constitucionais, bem como da legislação do Estado do Rio Grande do Sul.

Ou seja, o presente estudo tem como problema principal verificar se é possível a compensação de débitos fiscais com precatórios judiciais, os quais não tenham sido pagos e continuem pendentes de pagamento pelo Ente devedor, ou que estejam conforme a doutrina e jurisprudência os nomeia “vencidos e não pagos”.

Cumpra mencionar que, conforme restará exposto no presente trabalho através da citação de julgados, a discussão acerca da possibilidade, ou não, da compensação de débitos fiscais com precatórios encontra-se presente no Poder Judiciário brasileiro a mais de uma década, sem que haja ainda uma solução definitiva sobre a matéria.

Para a realização do estudo sobre o tema aqui tratado, dividiu-se o presente trabalho em três capítulos, sendo que no primeiro restará abordado o instituto da compensação, suas peculiaridades, requisitos e previsão legal, tanto no Direito Civil quanto no Tributário, onde será feita a análise das bases legais que regulam este instituto no âmbito da Receita Federal do Brasil e da Secretaria da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul.

No segundo capítulo estudar-se-á o instrumento do precatório, seu conceito, diferença entre uma Requisição de Pequeno Valor e as preferências quando de seu pagamento.

Ao final, após a conceituação, exposição e análise sob o ponto de vista doutrinário e jurisprudencial acerca do instituto da compensação e do precatório, a pesquisa será direcionada para a análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal e também a análise doutrinária quanto à possibilidade, ou não, de utilizar os precatórios para compensação de débitos tributários.

Frise-se que no presente trabalho utilizou-se o método de abordagem dedutivo, pois se buscou analisar as possibilidades da compensação no âmbito civil e tributário, analisando-se exatamente o que é o instrumento conhecido como precatório e, deste modo, rumar-se à aplicação da compensação de débitos fiscais/tributários com precatórios judiciais, como uma forma célere e isonômica de extinção de obrigações entre fisco e contribuinte.

Ademais, cabe referir ainda que o tema a ser estudado é de suma importância, não só para uma parcela da sociedade – credores de precatórios –, mas sim para a sociedade como um todo, visto que ao tratar sobre matérias de Direito Público, não há como ficar adstrito a um grupo determinado de sujeitos, mas

sim a toda a coletividade, haja vista o grande impacto que poderá ser causado na economia interna do país ou de um determinado Estado e, principalmente, nas finanças públicas.

Por fim, em que pese o presente estudo faça uma análise geral sobre a compensação e sua possibilidade de aplicação nas esferas federal e estadual, bem como do precatório e suas peculiaridades, ao fim busca-se centrar a análise acerca da possibilidade, ou não, da compensação tributária mediante uso de precatórios apenas no âmbito da legislação do Estado do Rio Grande do Sul, bem como da jurisprudência dominante no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e nos Tribunais Superiores.

1 O INSTITUTO DA COMPENSAÇÃO E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

1.1 O INSTITUTO DA COMPENSAÇÃO

1.1.1 Conceito e natureza jurídica

A compensação encontra-se dentro das modalidades de extinção das obrigações no Direito Civil, referido método é classificado como sendo um meio especial ou indireto de solver obrigações. O pagamento/adimplemento da obrigação na forma indireta é todo aquele que não se dá pelo pagamento propriamente dito (meio direto de extinção de obrigações).¹

Para melhor conceituar o instituto da compensação, vale transcrever o conceito adotado por Carlos Roberto Gonçalves, o qual corrobora o entendimento de Maria Helena Diniz, quanto ao modo que classifica-se a compensação (meio indireto de extinção de obrigações).

Compensação é meio de extinção de obrigações entre pessoas que são, ao mesmo tempo, credor e devedor uma da outra. Acarreta a extinção de duas obrigações cujos credores são, simultaneamente, devedores um do outro. É modo indireto de extinção de obrigações, sucedâneo do pagamento, por produzir o mesmo efeito deste.²

¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, volume 2 : teoria geral das obrigações, 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 273.

² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações*. Volume II. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, pg. 348.

Verifica-se assim que a compensação é um meio de extinção de obrigações entre duas pessoas (em sentido amplo, uma vez que pode ser pessoa física ou jurídica), desde que estas sejam necessariamente, ao mesmo tempo, credoras e devedoras uma da outra.

Importante frisar que, muito embora a compensação seja um meio de extinção de obrigações, esta nem sempre implica na extinção integral da relação obrigacional entre as partes, pois, conforme já prescreve a parte final do artigo 368 do Código Civil (CC): “[...] as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem”.

Assim tem-se que a compensação poderá ser total nos casos em que as obrigações ou, ainda, os créditos e débitos entre as partes forem iguais/de igual valor, ou parcial, se o saldo credor e devedor entre as partes forem desiguais. Cabe mencionar, ainda, que nos casos de compensação parcial, o que, de fato ocorre é uma forma de “desconto” ou “abatimento”, onde o saldo de cada uma das partes abate-se até a concorrente quantia.³

1.1.2 A compensação no ordenamento jurídico

No ordenamento jurídico brasileiro, o instituto da compensação foi recepcionado no Capítulo VIII do Código Civil de 1916 e, posteriormente, foi substituído pelo Capítulo VII do Código Civil de 2002.

O conceito adotado pelo ordenamento jurídico, no que diz respeito à compensação, está contido no artigo 368 do CC vigente, o qual dispõe que: “Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem”.

De igual forma como no direito civil, o instituto da compensação vem, no Direito Tributário, reconhecido como sendo uma modalidade de extinção do crédito tributário, conforme verifica-se da redação do artigo 156 do Código Tributário Nacional (CTN) “Art. 156. Extinguem o crédito tributário: [...] II - a compensação;”.

Ademais, no que concerne à compensação no Direito Tributário, de uma forma mais ampla, tem-se o artigo 170 do Código Tributário Nacional, que estabelece:

Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações*. Volume II. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, pg. 349.

Ao analisar o artigo supra transcrito, Ricardo Alexandre expõe que:

O dispositivo deixa claro que, em se tratando de crédito tributário, a compensação sempre depende da existência de lei que estipule as respectivas condições e garantias, ou que delegue à autoridade administrativa o encargo de fazê-lo. Não é suficiente a simples existência de reciprocidade de dívidas para que a compensação se imponha.⁴

Assim, verifica-se que para a ocorrência da compensação no Direito Tributário, é imprescindível a existência de Lei infraconstitucional que regule a matéria, bem como, que o crédito seja líquido e certo, vencido ou vincendo e que seja do sujeito passivo (contribuinte) com a Fazenda Pública⁵.

Para verificar a obrigatoriedade do requisito acima, pode-se citar o artigo 74, §1º e §2º da Lei nº 9.430/96 que tratam da compensação de tributos na esfera federal.

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.

§ 1º A compensação de que trata o caput será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados.

§ 2º A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.⁶

⁴ ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquemático*. 6. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 427.

⁵ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 32. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 215.

⁶ BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996*. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9430.htm>. Acesso em: 25 ago. 2015.

Cabe citar, também, a hipótese de compensação prevista na legislação federal, mormente no artigo 23 da Lei Complementar nº 87/96, o qual dispõe:

Art. 23. O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.⁷

Na legislação estadual do Estado do Rio Grande do Sul, a hipótese de compensação encontra-se prevista no artigo 19 da Lei nº 8.820/89, que possui a seguinte redação:

Art. 19. As obrigações consideram-se vencidas na data em que termina o período de apuração e são liquidadas por compensação com créditos do próprio imposto, nos termos dos arts. 20 a 22, ou pagas em dinheiro conforme o disposto no art. 24.⁸

No Regulamento do ICMS do Estado do Rio Grande do Sul (Decreto nº 37.699/97), a hipótese de compensação está prevista no artigo 36, o qual prevê a possibilidade de compensação de débito tributário com os créditos tributários provenientes do mesmo imposto.

Art. 36. As obrigações consideram-se vencidas na data em que termina o período de apuração e são liquidadas por compensação com créditos do próprio imposto, nos termos dos arts. 37, 38, 56 a 59, ou pagas em dinheiro conforme o disposto nos arts. 40 a 52.⁹

⁷ BRASIL. Presidência da República. **Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996**. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp87.htm>. Acesso em: 28 ago. 2015.

⁸ RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. **Lei nº 8.820, de 27 de janeiro de 1989**. Institui o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repLegisComp/Lei%20n%C2%BA%2008.820.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2015.

⁹ RIO GRANDE DO SUL. Governo do Estado do Rio Grande do Sul. **Decreto nº 37.699, de 26 de agosto de 1997**. Aprova o Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (RICMS). Disponível em: <<http://www.legislacao.sefaz.rs.gov.br/Site/Document.aspx?inpKey=109362&inpCodDispositive=&inpDsKeywords=>>>. Acesso em: 10 set. 2015.

Outrossim, seguindo no Código Tributário Nacional, o artigo 170-A, introduzido pela Lei Complementar nº 104 de 2001, determina expressamente que “é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial”. Ou seja, esta norma deixa clara a impossibilidade de se fazer uso da compensação tributária em sede de antecipação de tutela ou em outro momento, senão somente após o trânsito em julgado da sentença que dar o direito de crédito ao contribuinte.

Ainda no que concerne ao artigo 170-A do CTN, cabe mencionar que, ressalvada a sistemática do lançamento por homologação, a decisão de mérito que ainda não transitou em julgado não é suficiente para que opere-se a compensação, pois a medida não pode ser deferida por meio dos provimentos provisórios ou que ainda estejam pendentes de recurso.¹⁰

Este entendimento inclusive já encontra-se sumulado pelo STJ na Súmula 212, a qual dispõe que “A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória”.

Para o STJ, o meio mais idôneo, na prática, para se declarar o direito à compensação, seria o Mandado de Segurança, conforme entendimento manifesto na Súmula 213 daquele Tribunal, a qual dispõe em seu teor que: “O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária”.

Sendo assim, diante do exposto neste subcapítulo, verifica-se que a compensação no âmbito do direito tributário somente opera-se por força de lei pré-existente, em respeito ao princípio da legalidade insculpido na Constituição Federal (CF) de 1988, bem como, somente após preenchidos todos os requisitos pela lei exigidos.

2 O PRECATÓRIO

2.1 CONCEITO

Em linhas gerais, o Precatório é o instrumento pelo qual o Poder Judiciário requisita, à Fazenda Pública, o pagamento dos valores ao qual o ente público tenha sido condenado em ação judicial transitada em julgado.

¹⁰ ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquemático*. 6. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 430.

No mesmo sentido, segue a definição dada pelo doutrinador Celso Ribeiro Bastos:

[...] o precatório é uma requisição judicial expedida ao Presidente do Tribunal pelo juiz da execução de sentença em que a Fazenda Pública foi condenada a pagamento de quantia certa a fim de que sejam expedidas as necessárias ordens de pagamento às respectivas repartições competentes.¹¹

Antes de adentrar em uma análise mais profunda sobre a matéria, cabe mencionar que o regime de pagamento mediante precatórios restou criado pelo fato dos bens públicos serem impenhoráveis. Este regime instituído pelo Estado garante, em tese, que as dívidas do mesmo sejam pagas em determinado plano orçamentário.

O regime jurídico dos precatórios, atualmente, está instituído no artigo 100 da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

Da análise dos dois primeiros parágrafos que seguem o artigo supra, verifica-se que os precatórios dividem-se em duas espécies, os de natureza alimentícia e os de natureza não alimentícia. Sendo que os de natureza alimentícia, conforme restará demonstrado no próximo subcapítulo, “serão pagos preferencialmente (com exceção do art. 100, § 2.º da CF, introduzido pela Emenda Constitucional (EC) nº 62/2009), também mediante precatórios, mas obedecendo a uma ordem própria”¹².

Outrossim, há que se ressaltar que a EC nº 30/2000, ao inserir os parágrafos 3º e 4º no artigo 100 da CF de 1988, trouxe a possibilidade de pagamento, dos valores devidos pela Fazenda Pública diante de sentença judicial transitada em julgado, mediante outro instrumento, qual seja, a Requisições de Pequeno Valor (RPV).

¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2ª edição, 4ª volume, Tomo III, 2000, pág. 117.

¹² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14. ed. rev. atual. e ampli. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 622.

Assim segue a redação dos parágrafos 3º e 4º:

Art. 100. [...]

[...]

§ 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

§ 4º Para os fins do disposto no § 3º, poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social.

Da análise dos parágrafos supra transcritos, verifica-se que restou facultado aos entes de direito público, por meio de leis próprias, a definição e fixação dos valores que serão considerados como de “pequeno valor”, para fins de expedição de RPV, e o que será efetivamente pago mediante precatório.

Cumprе ressaltar que somente serão pagos mediante RPV os valores compreendidos, em lei, como tal.

Desta forma, uma vez demonstrada a instituição dos precatórios no ordenamento jurídico brasileiro como forma para o pagamento das obrigações pecuniárias decorrentes de sentenças judiciais transitadas em julgado, em face da Fazenda Pública, bem como, feita a distinção dos casos em que ocorrerá o pagamento por intermédio de precatório e por meio de requisição de pequeno valor, passa-se ao estudo e análise do procedimento pelo qual se orientará e se realizará o pagamento por intermédio do referido instrumento.

3 A COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS FISCAIS COM PRECATÓRIOS

Conforme o estudo exposto no primeiro capítulo do presente trabalho, verifica-se que a compensação, no âmbito do Direito Tributário, somente opera-se por força de lei específica, ou seja, conforme disposição expressa do artigo 170 do Código Tributário Nacional, somente a lei pode autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos do contribuinte contra a Fazenda Pública.

Ainda da leitura do artigo 170 do CTN, tem-se algumas exigências (requisitos) para que o precatório possa estar apto a realizar a compensação com crédito tributário ou dívidas fiscais inscritas em Dívida Ativa, quais sejam: o mesmo precisa ser líquido e certo, o que praticamente todos são, visto que são decorrentes de decisão judicial transitada em julgado, bem como precisam também estarem vencidos ou serem vincendos, ou seja, necessita-se que o precatório não tenha sido pago dentro do plano orçamentário no qual o mesmo foi incluído.

Neste sentido, tem-se que as únicas exigências estabelecidas pela legislação complementar – Código Tributário Nacional – foram que os precatórios a serem utilizados na compensação fossem líquidos, certos e vencidos/não pagos pelo ente devedor, bem como, que houvesse lei autorizando a compensação tributária com precatórios.

O Estado do Rio Grande do Sul disciplinou, em um primeiro momento, a possibilidade de compensação de débitos fiscais com precatórios judiciais através da Lei Estadual nº 6.537/73, o qual possuía a seguinte redação em seu artigo 134:

Art. 134 - É assegurado ao contribuinte, inscrito do Cadastro Geral de Contribuintes do Tesouro de Estado, o direito à compensação, total ou parcial, de seus débitos de natureza tributária, inscritos ou não como Dívida Ativa, em cobrança administrativa ou judicial, com seus créditos vencidos contra o Estado.¹³

Em um segundo momento, referida modalidade de compensação tributária veio balizada também pelos artigos 1º e 2º da Lei Estadual nº 11.472/00, a qual trouxe, inclusive, a possibilidade de utilização de precatórios cedidos por terceiros, nestes termos:

Art. 1º. Fica o Poder Executivo autorizado a aceitar a compensação de débitos inscritos na Dívida Ativa e ajuizados até 15 de dezembro de 1999, inclusive, com créditos contra a Fazenda do Estado e suas autarquias, oriundos de sentenças judiciais, com precatórios pendentes de pagamento, até o exercício de competência de 1999.

[...]

Art. 2º. É permitida a utilização de precatórios de terceiros para a compensação dos créditos de que trata o artigo 1º desta lei, devidamente formalizada a respectiva cessão.¹⁴

¹³ RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Lei nº 6.537, de 27 de fevereiro de 1973. Dispõe sobre o procedimento tributário administrativo e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legiscomp/arquivo.asp?Rotulo=Lei%20n%BA%206537&idNorma=126&tipo=pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

¹⁴ RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Lei nº 11.472, de 28 de abril de 2000. Dispõe sobre a extinção total ou parcial de débitos, oriundos de sentenças judiciais, com precatórios pendentes de pagamento, mediante compensação com créditos contra a Fazenda Pública. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/legis/Mo10/Mo100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=3425&hTexto=&Hid_IDNorma=3425>. Acesso em: 26 mar. 2016.

No entanto, referidas disposições foram revogadas com o advento da Lei Estadual nº 12.209/04, a qual trouxe em suas disposições:

Art. 1º - Ficam introduzidas as seguintes alterações na Lei nº 6.537, de 27 de fevereiro de 1973:

[...]

XV - fica revogado o Capítulo IV do Título IV.

[...]

Art. 5º - Revogam-se as disposições em contrário, em especial a Lei nº 11.472, de 28 de abril de 2000.¹⁵

Todavia, não obstante a revogação da legislação estadual que regulava a matéria, atualmente tem-se, em âmbito nacional, o artigo 78, § 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000. Referido dispositivo legal dispõe que:

Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos.

[...]

§ 2º As prestações anuais a que se refere o *caput* deste artigo terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem, poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora.

¹⁵ RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. **Lei nº 12.209, de 29 de dezembro de 2004**. Introduz alterações nas Leis nº 6.537, de 27 de fevereiro de 1973, nº 8.820, de 27 de janeiro de 1989 e nº 10.045, de 29 de dezembro de 1993, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=48257&hTexto=&Hid_IDNorma=48257>. Acesso em: 14 abr. 2016.

No que diz respeito ao disposto no parágrafo 2º da norma acima transcrita, mais especificamente no que diz respeito ao “poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora”, cumpre trazer à baila os ensinamentos de José Otávio de Vianna Vaz:

O “poder liberatório” atribuído pela Constituição Federal aos precatórios não pagos significa que o credor destes precatórios poderá – *sponte sua* – utilizar o crédito para pagamento de tributos da entidade devedora do precatório, em mecanismo assemelhado à “compensação”. Ressaltamos que, tendo poder liberatório de pagamento de tributos, como se dinheiro fosse, tem, também, poder de garantir execuções fiscais.¹⁶

No entanto, em que pese o entendimento acima exposto no sentido de que é possível oferecer o precatório à penhora/como garantia em execuções fiscais, cumpre referir que tal oferta pode ser recusada pela Fazenda Pública, nos casos em que se busca substituir bem já penhorado anteriormente, conforme vê-se do entendimento expresso pela Súmula 406 do STJ, a qual possui a seguinte redação: “A Fazenda Pública pode recusar a substituição do bem penhorado por precatório.”

Desta forma, em um primeiro momento verifica-se que, não obstante a legislação estadual ter revogado possibilidade de compensação de créditos tributários com precatórios judiciais, o artigo 78, § 2º do ADCT trouxe novamente a referida espécie de compensação tributária.

3.1 O POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

No entanto, não obstante a existência da norma supra mencionada, passa-se a fazer, no presente momento, uma análise do posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Superior Tribunal de Justiça e também pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, para melhor verificar como a questão da compensação tributária com precatórios vem sendo tratada/aplicada nos casos práticos (Execuções Fiscais, Mandado de Segurança e outras demandas que visem ou em que possa ocorrer a incidência deste instituto).

¹⁶ VAZ, José Otávio de Vianna. *Liquidação do precatório: pagamento, compensação e poder liberatório*. In: VAZ, Orlando (coord.). *Precatórios: problemas e soluções*. Belo Horizonte: CJB, Del Rey, 2005. p. 136.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, conforme verifica-se de sua jurisprudência, possuía o entendimento de que era possível a compensação de créditos de propriedade do contribuinte, consubstanciados em precatórios, com tributos e débitos fiscais devidos ao Fisco Estadual. Neste sentido seguia o entendimento adotado pela 1ª Câmara Cível¹⁷, 2ª Câmara Cível¹⁸, bem como pela 21ª Câmara Cível¹⁹.

No entanto, com exceção da Primeira Câmara Cível, as demais Câmaras de Direito Tributário do referido Tribunal de Justiça (2ª, 21ª e 22ª Câmaras Cíveis), atualmente possuem o entendimento de que não seria viável a compensação tributária com precatórios, sob o fundamento de que inexistiria autorização legal estadual para tanto. Conforme recente jurisprudência proferidas pelas referidas Câmaras.

Conforme exposto, em que pese o entendimento anteriormente adotado, no sentido de ser possível a compensação de débitos fiscais com precatórios, o posicionamento majoritário das Câmaras de Direito Público que julgam a matéria no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, atualmente seguem o entendimento de que seria necessária a existência de norma estadual regulando a tal possibilidade de compensação.

No Superior Tribunal de Justiça, a pesquisa e análise do posicionamento jurisprudencial centrou-se no entendimento exposto pela Primeira Seção, responsável pelo julgamento das questões relativas ao Direito Público. Referida Seção divide-se em duas Turmas, quais sejam, a Primeira e a Segunda Turma.

¹⁷ RIO GRANDE DOSUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70018545004**. Relator: Des. Carlos Roberto Lofego Canibal. Data do Julgamento: 25 abr. 2007. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70018545004&num_processo=70018545004&codEmenta=1878201&temIntTeor=true>. Acesso em: 21 abr. 2016.

¹⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70020741849**. Relator: Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. Data do Julgamento: 19 dez. 2007. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70020741849&num_processo=70020741849&codEmenta=2196984&temIntTeor=true>. Acesso em: 21 de abr. 2016.

¹⁹ RIO GRANDE DOSUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70020999108**. Relator: Des. Marco Aurélio Heinz. Data do Julgamento: 31 out. 2007. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70020999108&num_processo=70020999108&codEmenta=2187644&temIntTeor=true>. Acesso em: 21 de abr. 2016.

Assim, da análise do entendimento de ambas as Turmas que compõem a Seção responsável pelo julgamento das matérias pertinentes ao Direito Público (1^o²⁰ e 2^o Turma²¹), verifica-se que ambas são unânimes no sentido de que seria necessário a existência de lei autorizando a compensação tributária com precatórios.

No entanto, em que pese o entendimento atual da Primeira Turma, no sentido de que seria necessário legislação autorizando a compensação de tributos com precatórios, esta já se manifestou, em momento anterior, no sentido de que a inexistência de lei do Ente Estatal não poderia servir de obstáculo à compensação pleiteada – no caso do julgado infra transcrito, existia lei do Ente autorizando a compensação com precatórios, mas esta restou revogada –.

Assim dispõe a ementa do referido julgamento:

CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRECATÓRIO. ART. 78, § 2º, DO ADCT. COMPENSAÇÃO COM DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. POSSIBILIDADE. 1. O art. 78 do ADCT, incluído pela EC 30/2000, estabeleceu, para as situações nele previstas, regime especial de pagamento, outorgando-se ao ente público a faculdade de parcelar o débito do precatório em prestações anuais, iguais e sucessivas pelo prazo de até dez anos. Em contrapartida, foram conferidos ao credor meios especiais e maiores garantias de pagamento do crédito assim parcelado, a saber: (a) a permissão para “a decomposição de parcelas, a critério do credor” (§ 1º), o “poder liberatório de pagamento de tributos da entidade devedora” (§ 2º) e (c) a permissão de seqüestro da verba necessária à sua satisfação não apenas na hipótese de preterição do direito de precedência, mas também nos casos de não ser pago no vencimento ou de haver omissão na previsão orçamentária (§ 4º). Precedente do STF: RCL 2.899/SP, Tribunal Pleno, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 02.12.2005. 2. Salvo quando atendidos no prazo e na forma do art. 100 da Constituição, os débitos fazendários de que trata o art. 78 do ADCT devem ser considerados submetidos ao regime ali previsto (Precedente: RMS 22.685/RJ, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 18.03.2008). Em caso tal, não havendo ato específico da Fazenda Pública devedora a respeito, considera-se o débito dividido em dez parcelas, número máximo previsto no dispositivo constitucional. 3. A revogação, pela Lei Estadual nº 15.316/2005, da legislação local que regulamentava a compensação de débito tributário com créditos decorrentes de precatórios judiciais (Lei Estadual nº 13.646/2000) não pode servir de obstáculo à compensação pleiteada com base no art. 78, § 2º, do ADCT, referente a parcelas de precatório já vencidas e não pagas, sob pena de negar a força normativa do referido preceito constitucional. 4. Todavia, não se afasta

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 44.774/GO**. Relator Ministro Gurgel de Faria. Data do Julgamento: 19 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=compensa%E7%E30+precat%F3rios&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 05 mai. 2016.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 834.726/SC**. Relator Ministro Humberto Martins. Data do Julgamento: 01 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=compensa%E7%E30+precat%F3rios&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 05 mai. 2016.

a competência do fisco estadual de fiscalizar a correção da compensação a ser efetuada pelo contribuinte, e, quanto ao montante utilizado nesta operação, deverão ser informados, no momento oportuno, os órgãos responsáveis pelo controle do pagamento do precatório em questão, a fim de se prevenir equívocos em seu processamento. 5. Recurso ordinário a que se dá provimento.²²

Deste modo, verifica-se que o entendimento pacificado atualmente no STJ é no sentido de que seria necessária a existência de lei autorizando a compensação de débitos fazendários com precatórios, não obstante a existência de precedente em sentido contrário do referido Tribunal.

Outrossim, conforme verifica-se da análise da jurisprudência do STF, até o presente momento o mesmo não tomou uma posição definitiva sobre a matéria, mas, conforme demonstra a ementa da decisão proferida nos autos do RE 566.349/MG abaixo transcrita, o referido Tribunal reconheceu a Repercussão Geral da matéria, vez que a mesma têm grande relevância econômica e jurídica, além de alcançar uma quantidade significativa de credores de precatórios judiciais.

PRECATÓRIO. ART. 78, § 2º, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. COMPENSAÇÃO DE PRECATÓRIOS COM DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. Reconhecida a repercussão geral dos temas relativos à aplicabilidade imediata do art. 78, § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT e à possibilidade de se compensar precatórios de natureza alimentar com débitos tributários.²³

Não obstante o reconhecimento da Repercussão Geral da matéria, o Recurso Extraordinário nº 566.349/MG ensejou ainda a criação do Tema 111 do STF, o qual trata especificamente sobre:

[...] a aplicabilidade imediata, ou não, do art. 78, § 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e a possibilidade, ou não, à luz desse dispositivo, de compensação de débitos tributários com precatórios de natureza alimentar.²⁴

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 26.500/GO**. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Data do Julgamento: 04 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=26500&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 22 mai. 2016.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 566.349/MG**. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Data do Julgamento: 02 out. 2008. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=RE&numero=566349&origem=AP>>. Acesso em: 17 mai. 2016.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema nº 111 do STF**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2564529&numeroProcesso=566349&classeProcesso=RE&numeroTema=111#](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2564529&numeroProcesso=566349&classeProcesso=RE&numeroTema=111#>)>. Acesso em: 17 mai. 2016.

Ocorre que, o *Leading Case* do Tema acima referido – RE 566.349/MG –, o qual ainda não havia sido julgado, perdeu seu objeto, ante o pagamento do precatório que o contribuinte pretendia compensar com seus tributos devidos ao Estado de Minas Gerais.

Assim, verifica-se que atualmente, embora o STF reconheça a Repercussão Geral da matéria dos casos que tratam sobre a aplicação imediata, ou não, do artigo 78, §2º do ADCT para fins de compensação de tributos com precatórios, o mesmo não selecionou outro *Leading Case* para ser julgado e, posteriormente, para pacificar a matéria relativa aplicabilidade imediata do artigo 78, §2º do ADCT para fins de compensar-se tributos com precatórios vencidos e não pagos pela Fazenda Pública.

Ademais, cumpre mencionar que quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.851/RO, o Ministro Carlos Velloso, do STF, manifestou seu entendimento no sentido de que seria possível a compensação de tributos com precatórios não pagos pelo Ente credor do tributo.

Assim segue trecho do voto proferido pelo Ministro Carlos Velloso:

[...] a reforma constitucional, que introduziu o art. 78, ADCT, veio, justamente, para afastar, de certa forma, a imoralidade administrativa do “calote” que grande parte dos Estados-membros e municípios passam nos seus credores, credores com título judicial. É que vários Estados e Municípios simplesmente não honram os precatórios, com violação aos princípios constitucionais, inclusive o da moralidade administrativa, pois o “caloteiro” é um imoral. O art. 78, ADCT, introduzido pela EC 30, de 2000, quer fazer com que o poder público – leia-se, Estados e Municípios, porque a União não deixa de pagar seus precatórios – honrem os seus débitos para com os seus credores.²⁵

Desta forma, verifica-se que o STF, muito embora não tenha adotado um posicionamento definitivo sobre a aplicação automática do artigo 78, §2º do ADCT, para fins de compensar créditos/débitos tributários com precatórios judiciais vencidos e não pagos pela Fazenda Pública credora do tributo, este já proferiu entendimento favorável no sentido de ser possível a referida espécie de compensação tributária.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.851/RO**. Relator Ministro Carlos Velloso. Data do Julgamento: 23 fev. 2005. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+2851.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+2851.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/petyvry>>. Acesso em: 22 mai. 2016.

Deste modo, conforme exposto anteriormente, o entendimento atual majoritário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça encontram-se consolidados no sentido de que seria necessário legislação estadual específica regulando a matéria de compensação de débitos tributário/fiscais com precatórios.

Com relação ao Supremo Tribunal Federal, verificou-se que este até o presente momento não possui um entendimento firmado sobre a matéria, muito embora o mesmo já tenha proferido entendimento favorável ao que diz respeito à possibilidade de compensação de tributos com precatórios judiciais, com fulcro tão somente no artigo 78, §2º do ADCT.

3.2 A AUTO-APLICAÇÃO DO ARTIGO 78, §2º DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS

No entanto, em sentido contrário ao posicionamento que vem sendo atualmente adotado no âmbito do TJRS e do STJ, se pode adotar os ensinamentos do doutrinador José Otávio de Vianna Vaz, o qual afirma que o artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, por ser norma de hierarquia constitucional, seria, por si só, apto a ser (auto)aplicado, de forma a inexistir a necessidade de haver lei estadual regulamentando a matéria da compensação com precatório, *in verbis*:

Cumpra ressaltar ainda que a Emenda Constitucional é auto-aplicável, por ser norma declaratória de direitos e obrigações, nada havendo nela que exija regulamentação.

[...]

É importante observar que a norma constitucional em comento não delinea princípios a serem observados, quando da criação de futura lei que regulamentará a matéria, e isso porque a própria Constituição da República de 1988, em seu art. 100 e no art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, já disciplina a questão de forma suficiente ao exercício do direito pelo administrado, tornando desnecessária a edição de lei regulamentadora.²⁶

²⁶ VAZ, José Otávio de Vianna. *Liquidação do precatório: pagamento, compensação e poder liberatório*. In: VAZ, Orlando (coord.). *Precatórios: problemas e soluções*. Belo Horizonte: CJB, Del Rey, 2005. p. 128.

Corroborando este entendimento, têm-se os ensinamentos de Adão Sergio do Nascimento Cassiano:

A desnecessidade de lei inferior, autorizativa de compensação de precatório com crédito tributário, decorre não só do implícito direito constitucional de compensação acima visto, mas também das disposições do art. 78, e seu §2º, do ADCT da Constituição Federal, que autorizam a compensação, [...]²⁷

Por fim, ainda acerca da desnecessidade de lei infraconstitucional regulando a matéria da compensação de tributos com precatórios, cumpre transcrever os comentários feitos por alguns doutrinadores sobre as disposições do artigo 78, §2º do ADCT:

Foi estabelecida também a possibilidade de compensação dos precatórios com crédito tributário decorrente de tributos, sem que haja a necessidade de lei do ente subnacional.

[...]

A ADI 2.851, cujo relator foi o Ministro Carlos Mário, permitiu a compensação tributária com base unicamente no art. 78, §2º da CF.

[...]

Merece destaque o RMS 26.500/GO, também do STJ, em que o Ministro Teori Albino Zavascki afasta a necessidade de lei ordinária do ente subnacional para compensação de tributos com previsão constitucional.

Resta claro que o §2º do art. 78 do ADCT não estabelece a lei de ente subnacional como requisito para a compensação de tributos. Isto porque (a) não se pode criar na legislação um requisito que não existe na norma constitucional, (b) não se pode condicionar a eficácia da Constituição à edição de leis ordinárias, pois isso seria invalidar a norma constitucional, o que subverte todo o sistema jurídico.²⁸

Verifica-se, deste modo, que o entendimento de que seria necessária legislação específica possibilitando a compensação com precatórios em cada Estado não possui fundamento, segundo o entendimento doutrinário aqui exposto, vez que o artigo 78, §2º do ADCT, ao ser disposição com força de norma constitucional, traz a possibilidade clara de operar-se a compensação nos casos em que haja um direito creditório do contribuinte (precatório) que não tenha sido pago pelo Ente credor do tributo com o próprio tributo devido ao Ente.

²⁷ CASSIANO, Adão Sergio do Nascimento. *Interesse Público: Compensação de precatórios com crédito tributário*, v.10, n.51, Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 223.

²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1342.

Ou seja, uma vez havendo norma constitucional regulando determinada matéria e trazendo o reconhecimento de um direito do contribuinte, não há que se falar em negativa deste direito sob o argumento de que deveria haver norma infraconstitucional específica regulando a matéria em cada Estado-membro.

Adão Sergio do Nascimento Cassiano, ao tratar do artigo 78, §2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, refere-se que:

O direito de crédito é um direito patrimonial porque é avaliável pecuniária ou economicamente.

E, sendo um direito patrimonial, corresponde a um direito de propriedade e, como tal, é um direito que goza de proteção e da garantia atribuídas aos direitos fundamentais, já que não se pode negar que a propriedade é um direito fundamental (CF, art. 5º, *caput*, XXII, XXIII, XXV, XXVI, XXVII e XXIX).

[...]

Na Constituição brasileira pode-se observar que, além das disposições do rol do art. 5º, o próprio §2º deste mesmo dispositivo já deixa claro que os direitos fundamentais não se esgotam na lista do referido artigo, abrangendo outros direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou decorrentes de tratados internacionais de que o Brasil seja parte.²⁹

Assim, verifica-se que o direito de crédito (precatório), nas palavras do doutrinador Adão Sergio do Nascimento Cassiano, iguala-se à um direito patrimonial, vez “que se incorpora ao patrimônio do credor e que constitui propriedade sua e, como tal, é protegido pelas garantias dos direitos fundamentais”³⁰

Outrossim, Hugo de Brito Machado, ao fazer comentários quanto aos obstáculos enfrentados pelos contribuintes à compensação de seus débitos perante o Fisco com os precatórios de sua propriedade, assevera que:

Seria absurdo pretender que alguém, sendo credor e, também, devedor da mesma pessoa, pudesse exigir daquela o pagamento de seu crédito, sem que estivesse também obrigado a pagar seu débito. A compensação é, na verdade, um efeito inexorável das obrigações jurídicas, e desse contexto não se pode excluir a Fazenda Pública.³¹

²⁹ CASSIANO, Adão Sergio do Nascimento. *Interesse Público: Compensação de precatórios com crédito tributário*, v.10, n.51, Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 214-215.

³⁰ CASSIANO, Adão Sergio do Nascimento. *Interesse Público: Compensação de precatórios com crédito tributário*, v.10, n.51, Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 218.

³¹ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 32. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 215.

Ainda no que tange ao fundamento de que necessitaria de norma infraconstitucional, em cada Estado-membro, autorizando a compensação tributária com precatórios, nos termos do artigo 78, §2º do ADCT, cabe mencionar que:

A argumentação de que a norma precisaria ser regulamentada não procede, uma vez que, conforme foi acentuado, a única alteração significativa do regime dos precatórios foi a possibilidade de utiliza-los para o pagamento de tributos, de forma assemelhada à *compensação*, já que devidamente tratada pelo antigo e pelo novo Código Civil.³²

Ademais, não obstante o entendimento expresso acima pela doutrina, cumpre trazer à baila outro argumento que os Tribunais Superiores utilizam para obstar a compensação de tributos com precatórios judiciais, além daqueles apresentados na análise da jurisprudência feita no subcapítulo 3.1 do presente trabalho.

Assim, seguem as palavras da Desembargadora Marilene Bonzanini do TJRS: “A utilização do precatório como instrumento de compensação significa, basicamente, quebra da ordem cronológica de pagamentos do Estado, estabelecida pelo art. 100 da Constituição Federal [...]”³³

No entanto, segundo Adão Sergio do Nascimento Cassiano, não se deveria falar em quebra da ordem cronológica, tendo em vista que no caso da compensação não haveria o efetivo pagamento do precatório, mas sim a extinção do mesmo:

Assim, seja porque na compensação não há pagamento – até porque a paralisação pela mora do Estado deve impor a paralisação da cobrança do que é devido pelo cidadão, à falta de causa jurídica –, seja porque a compensação é um direito constitucional, seja, ainda, porque a compensação está constitucionalmente autorizada no §2º do art. 78 do ADCT, o fato é que, na compensação, não há violação da ordem cronológica dos precatórios.³⁴

Dessa forma, verifica-se que muito embora o entendimento doutrinário seja no sentido de que não haveria violação à ordem cronológica de pagamento dos precatórios, o entendimento jurisprudencial vem entendendo no sentido contrário, o que demonstra que a matéria, até o presente momento, encontra-

³² VAZ, José Otávio de Vianna. **Liquidação do precatório: pagamento, compensação e poder liberatório**. In: VAZ, Orlando (coord.). **Precatórios: problemas e soluções**. Belo Horizonte: CJB, Del Rey, 2005. p. 129.

³³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70068465145**. Relator: Des. Marilene Bonzanini. Data do Julgamento: 31 mar. 2016. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70068465145&num_processo=70068465145&codEmenta=6710409&temIntTeor=true>. Acesso em: 29 mai. 2016.

³⁴ CASSIANO, Adão Sergio do Nascimento. **Interesse Público: Compensação de precatórios com crédito tributário**, v.10, n.51, Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 232.

se pendente de pacificação, para se verificar se há, ou não, a violação da ordem cronológica de pagamento dos precatórios, estabelecida pelo artigo 100 da Constituição Federal, nos casos de compensação do mesmo com débitos tributários do próprio credor.

Ademais, antes de encerrar o presente subcapítulo, cumpre transcrever novamente os ensinamentos de Adão Sergio do Nascimento Cassiano, o qual conclui que:

Em conclusão derradeira, a compensação de crédito tributário com precatório vencido e não pago é um direito constitucional que não viola a ordem cronológica dos precatórios e, por ser direito constitucional fundamental, não depende de lei inferior para ser exercido pelos administrados.³⁵

Desta forma, conforme se verifica dos ensinamentos transmitidos pelos doutrinadores aqui trazidos, seria desnecessária a existência de norma infraconstitucional em cada Estado da Federação regulando a matéria da compensação tributária com precatórios, vez que o direito previsto no artigo 78, §2º do ADCT equivaleria a um direito e/ou garantia fundamental dos indivíduos na posição de contribuintes, e por este motivo tal disposição legal seria autoaplicável no âmbito tributário, independente do momento de sua invocação, seja na esfera administrativa ou judicial, como nos Mandados de Segurança para o reconhecimento do direito líquido e certo à compensação de tributos com precatórios ou, ainda, nas Execuções Fiscais, onde o executado (contribuinte) encontra-se também na posição de credor do exequente (Fisco), diante de um precatório que não tenha sido pago dentro do plano orçamentário para o qual o mesmo foi incluso e que encontra-se ainda pendente de pagamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se denota do estudo exposto no presente trabalho, o mesmo centrou-se em analisar as formas de aplicação e utilização do instituto da compensação no âmbito do Direito Tributário, mais especificadamente a compensação de débitos fiscais com precatórios judiciais do contribuinte em face do Ente credor do tributo.

³⁵ CASSIANO, Adão Sergio do Nascimento. *Interesse Público: Compensação de precatórios com crédito tributário*, v.10, n.51, Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 233.

Para tanto, analisou-se o instituto da compensação, o qual é uma das modalidades de extinção das obrigações, tanto no Direito Civil (artigo 368 do CC) quanto no Tributário (artigo 156, inciso II do CTN), a qual é admissível sempre que estivermos diante de dois sujeitos, onde ambos sejam credores e devedores um do outro, mesmo que a extinção de um dos débitos ou créditos ocorra somente em parte.

Aprofundando o estudo da compensação no âmbito tributário, verificou-se que a mesma somente opera-se por força de lei pré-existente que a regule e a discipline. Desta forma, seguiu-se analisando a legislação que trata da compensação de tributos federais (Lei nº 9.430/96), bem como a regulamentação no âmbito administrativo da Receita Federal do Brasil, através da Instrução Normativa da RFB nº 1.300/2012.

Na esfera estadual, centrou-se a análise na compensação do ICMS, analisando a Lei Estadual nº 8.820/96, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 37.699/97 (RICMS), concluindo-se que é totalmente possível, aceita e legal a compensação de tributos devidos com créditos tributários que o contribuinte possua em face do entre credor.

Verificou-se, após, o instrumento do precatório no ordenamento jurídico brasileiro o qual é, em suma, o instrumento pelo qual a Fazenda Pública realiza o pagamento de seus débitos aos seus credores.

Após, passou-se a estudar efetivamente a compensação de débitos fiscais com precatórios judiciais, que foi o problema de pesquisa proposto para esse trabalho, sendo que em um primeiro instante analisou-se a Constituição Federal, especialmente o artigo 78, §2ª do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que regula a matéria da compensação dos precatórios com tributos da entidade devedora, bem como possibilita a cessão dos precatórios a terceiros.

Ao se voltar para a legislação do Estado do Rio Grande do Sul, constatou-se que, em que pese já houvesse disposições regulando a matéria, as mesmas restaram revogadas pela própria legislação estadual, sendo que atualmente a matéria não possui regulamentação ou previsão legal no âmbito do referido Estado-membro.

Por fim, no terceiro capítulo, analisou-se o posicionamento dos Tribunais com relação ao tema, sendo que a jurisprudência majoritária das Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul se manifestam no sentido de que seria necessária a existência de norma estadual regulando a compensação mediante precatórios; no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento segue balizado no mesmo sentido do Tribunal estadual; outrossim, no Supremo Tribunal Federal, verificou-se que não há um posicionamento definitivo sobre a compensação de créditos/débitos tributários com precatórios judiciais vencidos e não pagos (aplicação imediata do artigo 78, §2º do ADCT), sendo que até o presente momento somente foi reconhecida a repercussão geral da matéria no RE 566.349/MG.

Frise-se que, conforme demonstrado, o Supremo Tribunal Federal já proferiu entendimento favorável, no sentido de entender ser possível a referida espécie de compensação tributária quando do julgamento da Ação Direta e Inconstitucionalidade nº 2.851/RO.

No que tange ao entendimento dos doutrinadores (José Otávio de Vianna Vaz, Adão Sergio do Nascimento Cassiano, Hugo de Brito Machado, José Joaquin Gomes Canotilho, entre outros citados ao longo do presente trabalho), são no sentido de que não se sustentaria o argumento que é necessária a existência de legislação específica em cada Estado-membro autorizando a compensação de tributos com precatórios, visto que tal direito já se encontra consagrado em disposição constitucional (art. 78, § 2º do ADCT).

Sendo assim, mesmo diante da inexistência de legislação estadual no Estado do Rio Grande do Sul autorizando a compensação de débitos tributários com precatórios judiciais vencidos e não pagos, tem-se que atualmente tal ausência de disposição estadual resta suprida diante do artigo 78, §2º, ADCT.

Ademais, criar óbice à compensação tributária com precatórios aos contribuintes, frente à inexistência de legislação infraconstitucional ou estadual sobre a matéria, seria negar um direito constitucional, visto que a própria Constituição Federal autoriza tal possibilidade aos indivíduos.

Desta forma, ante o estudo e as considerações feitas, concluiu-se ser possível a compensação de débitos tributários/fiscais com precatórios judiciais.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquemático**. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**, 2ª edição, 4ª volume, Tomo III, 2000.

BRASIL. Presidência da República. **Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996**. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp87.htm>. Acesso em: 28 ago. 2015.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996**. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9430.htm>. Acesso em: 25 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 834.726/SC**. Relator Ministro Humberto Martins. Data do Julgamento: 01 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=compensa%E7%E3+precat%F3rios&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 05 mai. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 44.774/GO**. Relator Ministro Gurgel de Faria. Data do Julgamento: 19 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=compensa%E7%E3+precat%F3rios&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 05 mai. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.851/RO**. Relator Ministro Carlos Velloso. Data do Julgamento: 23 fev. 2005. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+2851.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+2851.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/petyvry>>. Acesso em: 22 mai. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 566.349/MG**. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Data do Julgamento: 02 out. 2008. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=RE&numero=566349&origem=AP>>. Acesso em: 17 mai. 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CASSIANO, Adão Sergio do Nascimento. **Interesse Público: Compensação de precatórios com crédito tributário**, v.10, n.51, Belo Horizonte: Fórum, 2008

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 2 : teoria geral das obrigações, 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações**. Volume II. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. rev. atual. e ampli. São Paulo: Saraiva, 2010

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 32. ed. rev., atual. e ampli., São Paulo: Malheiros, 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. **Lei nº 8.820, de 27 de janeiro de 1989**. Institui o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repLegisComp/Lei%20n%C2%BA%2008.820.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. **Lei nº 6.537, de 27 de fevereiro de 1973**. Dispõe sobre o procedimento tributário administrativo e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legiscomp/arquivo.asp?Rotulo=Lei%20n%C2%BA%206537&idNorma=126&tipo=pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. **Lei nº 11.472, de 28 de abril de 2000**. Dispõe sobre a extinção total ou parcial de débitos, oriundos de sentenças judiciais, com precatórios pendentes de pagamento, mediante compensação com créditos contra a Fazenda Pública. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/legis/Mo10/Mo100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=3425&hTexto=&Hid_IDNorma=3425>. Acesso em: 26 mar. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. **Lei nº 12.209, de 29 de dezembro de 2004**. Introduce alterações nas Leis nº 6.537, de 27 de fevereiro de 1973, nº 8.820, de 27 de janeiro de 1989 e nº 10.045, de 29 de dezembro de 1993, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/legis/Mo10/Mo100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=48257&hTexto=&Hid_IDNorma=48257>. Acesso em: 14 abr. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Governo do Estado do Rio Grande do Sul. **Decreto nº 37.699, de 26 de agosto de 1997**. Aprova o Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (RICMS). Disponível em: <<http://www.legislacao.sefaz.rs.gov.br/Site/Document.aspx?inpKey=109362&inpCodDispositive=&inpDsKeywords=>>. Acesso em: 10 set. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70018545004**. Relator: Des. Carlos Roberto Lofego Canibal. Data do Julgamento: 25 abr. 2007. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70018545004&num_processo=70018545004&codEmenta=1878201&temIntTeor=true>. Acesso em: 21 abr. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70020741849**. Relator: Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. Data do Julgamento: 19 dez. 2007. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70020741849&num_processo=70020741849&codEmenta=2196984&temIntTeor=true>. Acesso em: 21 de abr. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70020999108**. Relator: Des. Marco Aurélio Heinz. Data do Julgamento: 31 out. 2007. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70020999108&num_processo=70020999108&codEmenta=2187644&temIntTeor=true>. Acesso em: 21 de abr. 2016.

VAZ, José Otávio de Vianna. **Liquidação do precatório**: pagamento, compensação e poder liberatório. In: VAZ, Orlando (coord.). *Precatórios: problemas e soluções*. Belo Horizonte: CJB, Del Rey, 2005.

as novas tecnologias e o direito fundamental à privacidade

Christofer Paz de Oliveira

Bacharel em Direito pela Universidade Feevale.

Email: christoferoliveira@gmail.com.

Dailor dos Santos

Mestre em Direito Público (Unisinos). Especialista em Direito do Estado (UFRGS). Professor de Direito Constitucional e de Direito Administrativo (Feevale). Email: dailor@feevale.br.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal protege a privacidade como Direito Fundamental. A preocupação com a privacidade é, evidentemente, anterior à nossa jovem Constituição. Na ficção, 1984, icônico romance de George Orwell, retrata um mundo distópico em que não há privacidade, demonstrando os efeitos acachapantes da falta desse valor no desenvolvimento do indivíduo. Da ficção à realidade, parece incontroverso que o ser humano precisa de um espaço para si, da possibilidade de ficar longe de olhos alheios.

De outro lado, é impossível deixar de notar um fenômeno que marca o século XXI: a relação dos seres humanos com as máquinas; a ânsia por informações e comodidade que elas têm a prover. É o que, para fins deste estudo, convencionou-se chamar *novas tecnologias*: os diversos dispositivos conectados à Internet. Internet esta que deixou de ser uma rede de computadores para se transformar uma rede de *tudo*: cada vez um número maior de dispositivos possui uma conexão direta à Internet. A função primária de uma conexão de um dispositivo a uma rede eletrônica é, evidentemente, enviar e receber dados. A pergunta a ser respondida, portanto, é *que dados*.

O objetivo deste estudo, portanto, é analisar esse possível conflito do avanço tecnológico com a privacidade; discorrendo, para isso, sobre o funcionamento das novas tecnologias bem como analisando a resposta jurídica dada ao problema.

1 O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE

Em sua concepção atual, o direito à privacidade tem como uma de suas origens o conhecido artigo dos advogados Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, publicado na Harvard Law Review em 1890.¹ O artigo indaga os limites da imprensa na intromissão na vida do indivíduo, e diz, logo em seu início, “que o indivíduo deva possuir a proteção total em pessoa e em propriedade é um princípio tão antigo quanto o common law; mas fez-se necessário de tempos em tempos definir novamente a exata natureza e extensão de tal proteção.”² (traduziu-se)

¹ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: A Honra, a Intimidade, A Vida Privada e a Imagem versus A Liberdade de Expressão e Informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 112.

² “That the individual shall have full protection in person and in property is a principle as old as the common law; but it has been found necessary from time to time to define anew the exact nature and extent of such protection”. In: WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *The Right to Privacy*. *Harvard Law Review*. v. 5, n.5, dec. 1890. Disponível em: <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html>. Acesso em: 01 set. 2015

Em seu artigo divisor de águas, Warren e Brandeis alegam que o indivíduo necessita novas proteções, à época inexistentes, às novas tendências da imprensa:

Fotografias instantâneas e o empreendimento jornalístico invadiram os sagrados recintos da vida privada e doméstica; e numerosos dispositivos mecânicos ameaçam tornar correta a previsão de que “aquilo que é sussurrado dentro do armário será proclamado dos telhados”.³ (traduziu-se)

Passado mais de um século da publicação do artigo, os dispositivos não são mais mecânicos, mas eletrônicos. Entretanto enfrentamos novamente o questionamento: qual a extensão da proteção do indivíduo frente aos recentes avanços tecnológicos? O amplo uso da Internet; a crescente quantidade de dispositivos diversos – telefones celulares, *tablets*, televisões – ininterruptamente conectados à rede que fora de uso destinado a computadores pessoais; a coleta de dados por *websites* e dispositivos que tem o potencial de identificar os hábitos ou até mesmo a localização do usuário⁴; e a recente mudança dos serviços digitais para o lado social, incentivando usuários a uma constante auto-exposição, colocando espontaneamente toda sorte de informação na *web*,⁵ abrem uma nova discussão acerca da privacidade frente às novas tecnologias.

Diante do fluxo perpétuo de informações que é a Internet, em um mundo cada vez mais conectado, onde tudo e todos ao nosso redor estão ligados à rede, como podemos garantir a nossa privacidade? Em uma *web* cada vez mais focada em conteúdo produzido por usuários, como definir a cada vez mais difusa linha entre o que é público e o que é privado? É certo que não são perguntas de resposta fácil. Há, entretanto, em meio à torrente de informações que trazem as novas tecnologias, o direito à personalidade. Luciana Fregadolli caracteriza a personalidade como “parte do indivíduo, a parte que lhe é intrínseca, pois através

³ “Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that ‘what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops.’”. In: WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**. v. 5, n.5, dec 1890. Disponível em: <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html>. Acesso em: 01 set. 2015.

⁴ PAYTON, Theresa M.; CLAYPOOLE, Theodore. **Privacy in the Age of Big Data**. USA: Rowman & Littlefield, 2014, (e-book), p. 65-72.

⁵ KEEN, Andrew. **Digital Vertigo: How Today’s Online Social Revolution is Dividing, Diminishing, and Disorienting Us**. New York: St. Martin’s, 2012, (e-book), p. 8-15.

dela a pessoa poderá adquirir e defender os demais bens. Todo homem tem a sua personalidade, independentemente do que o manda o Direito.”⁶ Os direitos da personalidade são, portanto, a proteção ao mínimo necessário ao conteúdo da personalidade, protegem a essência da personalidade do indivíduo.⁷

Positivando parte da proteção aos direitos da personalidade, o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal estabelece que “são invioláveis a intimidade” e a “vida privada”. Encontra divergências doutrinárias a diferenciação proposta entre vida privada e intimidade, visto que é comum o uso intercalável de ambos na jurisprudência. Há os autores, entretanto, que diferenciam o direito à intimidade como sendo mais restrito, contido no direito à vida privada.⁸

Apesar de o texto constitucional fazer a referida distinção, opta-se por usar a expressão “direito à privacidade” *latu sensu*, por ser mais abrangente e por englobar tanto o direito à vida privada quanto o direito à intimidade positivados na Constituição Federal. Além disso, a contração dos conceitos em um só permite estudo mais aprofundado frente ao tema em discussão, as novas tecnologias. Dada a natureza das novas tecnologias, a discussão em pormenores de qual das esferas do indivíduo é contraproducente. Também entende José Afonso da Silva que a expressão é mais adequada, a preferindo por “abarcando todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade que o texto constitucional em exame [do art. 5º, X] consagrou”.⁹

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito à privacidade é uma limitação ao direito de livre expressão e de comunicação. A Constituição Federal determina, em seu artigo 220, que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, *observado o disposto nesta Constituição*” (grifou-se), deixando claro que a liberdade de expressão e comunicação não é irrestrita, podendo conflitar outras normas constitucionais.¹⁰

⁶ FREGADOLLI, Luciana. O Direito à Intimidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 19, 1997. p. 196 – 246, abr. – jun., 1997; **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. v. 3. p. 443 – 514, out. 2010. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014fc2bed8a16f354511&docguid=I22e5b110f25311dfab6f01000000000&hitguid=I22e5b110f25311dfab6f01000000000&spos=8&epos=8&td=4000&context=80&st artChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 12 set. 2015

⁷ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos: A Honra, a Intimidade, A Vida Privada e a Imagem versus A Liberdade de Expressão e Informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 106-107.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 280.

⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 206.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 122, p. 297-301. mai/jul 1994. Disponível em: <http://www.gilmarmendes.org.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=83:colisao-de-direitos-fundamentais-liberdade-de-expressao-e-de-comunicacao-e-direito-a-honra-e-a-imagem&id=9:direitos-fundamentais&Itemid=74>. Acesso em: 10 set. 2015

Em se tratando de direito à privacidade, há ainda de se destacar o direito ao esquecimento. Tal doutrina, apesar de ter obtido força com a era da Internet, é mais antiga. Parte da ideia de que determinadas informações, principalmente aquelas ligadas ao direito da personalidade, não devam ser mais divulgadas, efetivando assim uma espécie de esquecimento social.¹¹ É a possibilidade de o indivíduo ter um fato pessoal suprimido com o decorrer do tempo, por afrontar seu direito à personalidade.¹²

Análise ao direito ao esquecimento no nosso ordenamento jurídico foi efetuada no emblemático caso Aída Curi, vítima de violência sexual e homicídio em 1958. O caso teve grande repercussão à época, e, por isso, foi revisitado cinquenta anos depois em programa televisivo. O programa expôs o crime mencionando o nome da vítima, o que fez com que seus irmãos promovessem ação contra a emissora de televisão pedindo reparação por danos morais e materiais, invocando o direito ao esquecimento.¹³ Os pleitos dos autores foram indeferidos em primeiro grau, sentença que o STJ manteve. Apesar de reconhecer a existência de um direito ao esquecimento, os ministros entenderam a sua não aplicação ao caso, dada a impossibilidade, na situação concreta, de se fazer uma reportagem sobre o caso sem mencionar o nome da vítima; que tal proibição inviabilizaria a atividade de imprensa.¹⁴

É de nota o destaque dado na decisão ao interesse público – no caso, a historicidade do fato – frente ao direito à privacidade ou ao esquecimento. O interesse público despertado por determinado acontecimento pode superar o direito à privacidade, assim como o modo de viver do indivíduo pode reduzir a extensão de tal proteção: “vivendo [o homem público] do crédito do público, estando constantemente envolvido em negócios que afetam a coletividade, é natural que em torno dele se avolumem um verdadeiro interesse público, que não existiria com relação ao pacato cidadão comum”.¹⁵

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet. *Revista eletrônica Consultor Jurídico*. São Paulo, 22. mai. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>>. Acesso em: 09 set. 2015

¹² CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. v. 8p. 563–596, ago. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014fb81b3cef5f36f6c4&docguid=lc30b3430470811e5ba8e01000000000&hitguid=lc30b3430470811e5ba8e01000000000&spos=1&epos=1&td=398&context=8&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 10 set. 2015

¹³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Direito ao esquecimento na perspectiva do STJ. *Revista eletrônica Consultor Jurídico*. São Paulo, 19. dez. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-19/direito-comparado-direito-esquecimento-perspectiva-stj>>. Acesso em: 14 set. 2015

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.335.153 – RJ**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Data do Julgamento: 28 mai. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100574280&dt_publicacao=10/09/2013>. Acesso em: 14 set. 2015

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 283-285

Considerações feitas, parece iminente o conflito do direito ao esquecimento com as novas tecnologias. A natureza sem fronteiras, englobando centenas de países que uma informação pode circular acarreta uma quase eternização dos dados uma vez na rede inseridos.¹⁶

Merecem análise, da mesma maneira, os demais aspectos do direito à privacidade frente às novas tecnologias. A imensidão de equipamentos ligados à Internet, que nos cercam; os rastros que deixamos na *web* a cada clique, a cada serviço utilizado; tudo isso certamente tem o potencial de afrontar o nosso “direito de ser deixado em paz”¹⁷, mitigando a possibilidade de “encontrar na solidão aquela paz e equilíbrio, continuamente comprometido pelo ritmo da vida moderna”¹⁸ e atenuando a possibilidade de proteção “daquela parte da personalidade que se deseja ver preservada do conhecimento público”¹⁹.

O direito à privacidade, ora uma proteção às intromissões alheias em assuntos de interesse privado, toma uma nova dimensão: como podemos entender o direito à privacidade em uma sociedade em que a informação instantânea, independentemente da origem, é uma mercadoria?

2 2084: O INDIVÍDUO E O PERPÉTUO FLUXO DE INFORMAÇÕES

Em sua obra *1984*, publicada em 1949, George Orwell descreve um futuro distópico onde todo indivíduo é vigiado por uma entidade que tudo sabe e tudo controla, denominada *Grande Irmão*.²⁰ O *Grande Irmão* exige a completa obediência de seus cidadãos, controlando-os através de permanente vigilância, aniquilando qualquer traço de individualismo.²¹ Desta forma, demonstra Orwell aquilo que parece evidente: a liberdade de pensamento e ação exige a privacidade; um lugar onde o indivíduo possa agir e pensar sem a intromissão de outrem, sem estar sob permanente vigilância. Não é possível o desenvolvimento pleno da personalidade sem que haja o espaço para isso.

¹⁶ PIMENTEL, Alexandre Freire; CARDOSO, Mateus Queiroz. A regulamentação do direito ao esquecimento na lei do marco civil da Internet e a problemática da responsabilidade civil dos provedores. *Revista da AJURIS*. v. 42, n. 137, p. 45 - 61, mar. 2015. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/376/310>>. Acesso em: 07 abr. 2016

¹⁷ WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*. v. 5, n.5, dec. 1890. Disponível em: <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html>. Acesso em: 01 set. 2015.

¹⁸ COSTA JÚNIOR, 1995, apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 280.

¹⁹ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: A Honra, a Intimidade, A Vida Privada e a Imagem versus A Liberdade de Expressão e Informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 117-118.

²⁰ ORWELL, George. *Nineteen Eighty-four*. Australia: Project Gutenberg Australia, 2008, (e-book). Disponível em: <<http://gutenberg.net.au/ebooks01/0100021.txt>>. Acesso em: 17 set. 2015.

²¹ SOLOVE, Daniel J. *The Digital Person: Technology and privacy in the information age*. New York: New York University Press, 2004, (e-book), p. 29. Disponível em: <<http://docs.law.gwu.edu/facweb/dsolove/Digital-Person/text.htm>>. Acesso em: 14 set. 2015.

As novas tecnologias não remetem a uma autoridade centralizadora que a tudo observa, mas a uma miríade de focos de invasão à privacidade que, somados, têm o potencial de deixar o indivíduo completamente exposto. Sobre isso, afirma Daniel J. Solove que:

[...] o problema de privacidade criado pelo uso de banco de dados decorre de um geralmente descuidado e despreocupado processo burocrático—um que tem pouco juízo ou prestação de contas— e é direcionado pelos fins ao invés da proteção da dignidade das pessoas. Não estamos apenas indo em direção a um mundo do Grande Irmão ou um composto de Pequenos Irmãos, mas também em direção a um processo mais irracional— da indiferença burocrática, erros arbitrários a desumanização— um mundo que começa a lembrar a visão de Kafka em *O Processo*.²² (traduziu-se, grifos do autor)

Entende-se, neste artigo, por *novas tecnologias* o recente desenvolvimento da *web* para o conteúdo gerado por usuários, a prática do rastreamento usada por provedores de anúncios para fins de difundir-los com maior eficiência²³; o crescente número de dispositivos conectados à Internet, muitas vezes munidos de câmeras e inúmeros sensores, com o potencial de captar dados diversos do usuário²⁴; a transformação para “um mundo onde um rastro extensivo de fragmentos de informação sobre nós será eternamente preservada na Internet, exibidas instantaneamente numa busca no Google”²⁵ (traduziu-se); entre outros avanços tecnológicos que podem colocar a privacidade do usuário em risco.

No universo de Orwell, a privacidade dos cidadãos era obliterada através de um dispositivo instalado em todo lugar, inclusive dentro de cada residência. “A teletela recebia e transmitia simultaneamente”²⁶ (traduziu-se)

²² “the privacy problem created by the use of databases stems from an often careless and unconcerned bureaucratic process—one that has little judgment or accountability—and is driven by ends other than the protection of people’s dignity. We are not just heading toward a world of Big Brother or one composed of Little Brothers, but also toward a more mindless process—of bureaucratic indifference, arbitrary errors, and dehumanization—a world that is beginning to resemble Kafka’s vision in *The Trial*.” In: SOLOVE, Daniel J. **The Digital Person: Technology and privacy in the information age**. New York: New York University Press, 2004, (e-book), p. 55. Disponível em: <<http://docs.law.gwu.edu/facweb/dsolove/Digital-Person/text.htm>>. Acesso em: 14 set. 2009

²³ CONTI, Greg. **Googling Security: How much does Google know about you?**. USA: Addison-Wesley, 2009, (e-book), p. 232-233.

²⁴ VAN DEN HOVEN, Jeroen et al. Privacy and Information Technology. In: ZALTA, Edward N. (Ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. winter, 2014. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/it-privacy/>>. Acesso em: 24 set. 2015.

²⁵ “a world where an extensive trail of information fragments about us will be forever preserved on the Internet, displayed instantly in a Google search” In: SOLOVE, Daniel J. **The Future of Reputation: gossip, rumor and privacy on the Internet**. New Haven: Yale University Press, 2007, (ebook). Disponível em: <<http://docs.law.gwu.edu/facweb/dsolove/Future-of-Reputation/text.htm>>. Acesso em: 19 set. 2015, p. 17

²⁶ “The telescreen received and transmitted simultaneously”. In: ORWELL, George. **Nineteen Eighty-four**. Australia: Project Gutenberg Australia, 2008, (e-book). Disponível em: <<http://gutenberg.net.au/ebook01/0100021.txt>>. Acesso em: 17 set. 2015.

Se para Oscar Wilde é muito mais frequente a vida imitar a arte do que a arte imitar a vida, não se pode afirmar exatamente o que aconteceu quando o *website* de políticas de privacidade para *Smart TVs* Samsung alertava o usuário, em sua versão anglófona – ora analisada em sua versão arquivada em outubro de 2014 –, para que estivesse ciente de que se “suas palavras ditas incluírem informações pessoais ou outras informações sensíveis, esta informação estará entre os dados capturados e transmitidos para um terceiro através do seu uso do Reconhecimento de Voz”²⁷. A função Reconhecimento de Voz, ferramenta fornecida pela televisão a fim de habilitar o usuário a dar comandos de voz à sua TV, enviaria a voz do usuário para um servidor para sua decodificação em texto. O tom orwelliano do comunicado não passou despercebido por diversos meios de notícias. A CNN, em matéria sobre o caso, faz uma comparação direta às “teletelas” de Orwell: “[d]efensores da privacidade disseram que a tecnologia era semelhante às teletelas, no 1984 de George Orwell, que espionava cidadãos.”²⁸(traduziu-se)

Após a controvérsia, as expressões do *website* de políticas de privacidade da Samsung foram alteradas, sendo removida a frase que mencionava “informações pessoais”. Entretanto, versão atual documento continua informando que, além da localização do usuário, a televisão pode captar e transmitir preferências explícitas de seus usuários – no caso de botões “gostei”, “não gostei”, “assistir agora” e outros disponíveis na televisão – ou implícitas – através das pesquisas que o usuário faz na interface do aparelho ou pelos próprios fluxos de vídeo que o usuário escolhe assistir. Cerne da controvérsia, a função de reconhecimento de voz tem seu funcionamento detalhado em tom mais ameno: “[p]ara fornecer o recurso de Reconhecimento de Voz para você, alguns comandos de voz podem ser transmitidos [...] para um prestador de serviços”.²⁹

Parker Higgins, escrevendo para a Electronic Frontier Foundation (EFF), afirma que não existem relatos de abusos com o áudio capturado, mas que “ainda assim, usuários ficam com poucos meios de verificar essas promessas de segurança”³⁰ (traduziu-se)

²⁷ “Please be aware that if your spoken words include personal or other sensitive information, that information will be among the data captured and transmitted to a third party through your use of Voice Recognition” In: **INTERNET Archive**: 6. out. 2014. Samsung Privacy Policy--SmartTV Supplement. Disponível em: <<https://web.archive.org/web/20141006185155/http://www.samsung.com/sg/info/privacy/smarttv.html>>. Acesso em: 19 set. 2015.

²⁸ “Privacy campaigners said the technology smacked of the telescreens, in George Orwell's 1984, which spied on citizens.” In: GOLDMAN, David. Your Samsung TV is eavesdropping on your private conversations. **CNN MONEY**, [S.l.], Feb 10, 2015. Disponível em: <<http://money.cnn.com/2015/02/09/technology/security/samsung-smart-tv-privacy/>>. Acesso em: 19 set 2015.

²⁹ SAMSUNG. Política de privacidade global da Samsung – Complemento da SmartTV. 2015. Disponível em: <<http://www.samsung.com/br/info/privacy/smarttv.html>>. Acesso em: 19 set. 2015.

³⁰ “Still, users are left with little way to verify those security promises” In: HIGGINS, Peter. Big Brother Is Listening: Users Need the Ability To Teach Smart TVs New Lessons. **Electronic Frontier Foundation**, [San Francisco], 11 fev. 2015. Disponível em: <<https://www.eff.org/pt-br/deeplinks/2015/02/big-brother-listening-users-need-ability-teach-smart-tvs-new-lessons>>. Acesso em: 20 set. 2015

Não à toa se usa tal exemplo neste estudo. Ele ilustra com muita propriedade o que são as novas tecnologias. Uma televisão, ora um aparelho usado apenas para recepção de sinais de emissoras, torna-se um dispositivo complexo, onde preferências de uso, localização, voz podem ser transmitidas para a fabricante, ou terceiros, para auxiliar em funções do aparelho. São os aparelhos que agora são interativos: como a própria palavra diz, necessitam de interação, de uma comunicação de duas ou mais vias. Como se vê, muitas vezes essa comunicação se dá através da Internet, com o potencial de deixar diversos rastros do usuário em servidores remotos.

Oportuno, ainda, analisar o rastreo na *web*, prática cada vez mais comum. Ao visitar um *website*, o indivíduo pode estar inadvertidamente visitando um provedor terceirizado de anúncios, que coleta informações de visita através de diversos *websites* para formar um perfil de preferências³¹. Greg Conti explica que “serviços de anunciantes e análise de web dão aos webmasters atraentes análises de tráfego e lucros de anúncios, simplesmente pedindo, em troca, que webmasters adicionem pequenos pedaços de HTML e JavaScript às suas páginas”³². Catherine E. Tucker afirma que “anunciantes usam o ‘fluxo de cliques’ dos consumidores, suas pegadas, clique a clique, enquanto navegam pela web, para construir perfis detalhados que podem ser usados para anúncios direcionados”.³³ (traduziu-se)

Eis, portanto, o motivo para o uso de tal prática: os anúncios direcionados. Ao coletar dados do usuário, empresas que fornecem anúncios – as redes de anúncio – podem oferecer anúncios mais atraentes ao leitor. Por exemplo, ao saber o endereço de IP do usuário, elas podem determinar com alguma precisão a localidade do usuário e fornecer anúncios baseados neste dado. Também com uma análise ao comportamento na *web*, o anunciante pode fornecer anúncios que se encaixam mais ao perfil do usuário, aumentando as chances de este clicar no link do anúncio.³⁴

³¹ WILLIS, Craig E.; ZELIKOVIC, Mihajlo. A personalized approach to web privacy: awareness, attitudes and actions. *Information Management & Computer Security*. v. 19, n. 1, p. 53-73, 2011. Disponível em: <<http://www-emeraldinsight-com.ez310.periodicos.capes.gov.br/doi/full/10.1108/0968522111115863>>. Acesso em: 24 set 2015, p. 53

³² “Advertisers and web-analytic services give webmasters enticing analysis tools and advertising profit, simply requiring that, in exchange, webmasters add small snippets of HTML and JavaScript to their pages” In: CONTI, Greg. *Googling Security: How much does Google know about you?*. USA: Addison-Wesley, 2009, (e-book), p. 223.

³³ “Advertisers use consumers’ ‘click-streams,’ their click-by-click footprints as they navigate across the web, to construct detailed profiles that can be used to target advertising” In: TUCKER, Catherine E. The Economics of Advertising and Privacy. *International Journal of Industrial Organization*. v. 30, n. 3, p 326-329, may 2012. Disponível em: <<http://www-sciencedirect-com.ez310.periodicos.capes.gov.br/science/article/pii/S0167718711001147>>. Acesso em: 25 set. 2015, p. 326

³⁴ EVANS, David S. The Online Advertising Industry: economics, evolution and privacy. *American Economic Association*. v. 23, n. 3, p. 37-60, summer, 2009. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/27740539>>. Acesso em: 18 set. 2015, p. 50-51

A prática de coleta de dados através de vários *websites* é muito comum: um estudo de Tai-Ching Li e outros, utilizando-se de uma amostra de 10.000 *websites*, descobriu que 46% deles utilizavam um rastreador de terceiros. Pelo menos um rastreador pertencente à Google (incluindo sua rede de anúncios DoubleClick) estava presente em 25% dos *websites* testados.³⁵ A Google de fato possui uma posição privilegiada no rastreamento de informações. Com o buscador mais popular do mundo, diversas redes de anúncios e inúmeros serviços extremamente populares como YouTube, Gmail, Maps e Google+, a informação que a Google pode captar é sem precedentes.³⁶

Apesar de o envio de algumas informações serem de constatação óbvia, algumas não são tão transparentes para quem não lê as políticas de privacidade de cada serviço. Será que o usuário comum sabe que todas as suas buscas são utilizadas para a criação de um perfil, tentando prever seus comportamentos, independentemente de ele ter uma conta no serviço ou não? A que ponto uma grande quantidade de informações deixa de ser anônima e permite identificar o indivíduo? É o que Daniel J. Solove chama de efeito de agregação:

O efeito de agregação complica severamente a habilidade do indivíduo de imputar um valor para informação pessoal. Um indivíduo pode entregar pedaços de informação em contextos diferentes, cada transferência parecendo inócua. Entretanto, quando agregada, a informação se torna muito mais reveladora. [...] É a totalidade de informação sobre uma pessoa e como ela é usada que apresentam a maior ameaça à privacidade. Do ponto de vista de cada transação de informação em particular, indivíduos não conhecem fatos suficientes para fazer uma decisão verdadeiramente informada.³⁷ (traduziu-se)

A exemplo do perigo que informações agregadas podem representar, um vazamento de dados da AOL, em 2006, revelou 20 milhões de buscas de mais de 600 mil usuários. Dentre os dados vazados não havia o nome do usuário, as contas eram identificadas apenas por números; mas Greg Conti, ao analisar

³⁵ LI, Tai-Ching et al. TrackAdvisor: Taking Back Browsing Privacy from Third-Party Trackers. In: **Passive and Active Measurement**. Springer International Publishing, 2015. p. 277-289. Disponível em: <<http://wan.poly.edu/pam2015/papers/38.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2015.

³⁶ CONTI, Greg. **Googling Security**: How much does Google know about you?. USA: Addison-Wesley, 2009, (e-book), p. 22-31.

³⁷ "The aggregation effect severely complicates the individual's ability to ascribe a value to personal information. An individual may give out bits of information in different contexts, each transfer appearing innocuous. However, when aggregated, the information becomes much more revealing. [...] It is the totality of information about a person and how it is used that poses the greatest threat to privacy. From the standpoint of each particular information transaction, individuals will not have enough facts to make a truly informed decision." In: SOLOVE, Daniel J. **The Digital Person**: Technology and privacy in the information age. New York: New York University Press, 2004, (e-book). Disponível em: <<http://docs.law.gwu.edu/facweb/dsolove/Digital-Person/text.htm>>. Acesso em: 14 set. 2015, p. 87-88.

as buscas de alguns usuários anônimos, para demonstrar o que as buscas são capazes de revelar, foi capaz de determinar dados de localização, informações médicas, afiliação religiosa, planos de negócio e inclusive o possível nível de escolaridade do usuário pelos erros de ortografia.³⁸ A uma matéria do The New York Times sobre o caso, uma usuária, uma senhora de então 62 anos, que fora facilmente identificada por suas buscas, assumiu que eram suas as pesquisas a que a se atribuíam o número 4417749.³⁹

O buscador da Google indexa bilhões de páginas públicas, facilitando a busca por termos de qualquer página indexada da *web*. Sendo o *website* mais visitado do mundo, possui recursos de processamento de dados inigualáveis.⁴⁰ O impacto cultural do buscador é tão grande que, em inglês, o verbo *to google* foi dicionarizado, significando buscar informação na *web* através do Google.⁴¹ A disponibilidade de informações a qualquer pessoa tem seus inegáveis benefícios, entretanto também possuiu seu lado pernicioso: Daniel J. Solove nota que uma instituição, ao efetuar uma seleção de candidatos a contratação, pode efetuar uma busca no Google para filtrar os pretendentes e que não necessariamente as informações obtidas são verdadeiras.⁴² Ou, quando verdadeiras, podem se tratar de informações que não têm mais pertinência.

É, ainda, oportuno analisar o impacto das redes sociais, em especial o Facebook, de longe a mais usada, chegando a um bilhão de usuários o acessando em um único dia⁴³, e seu risco à privacidade. Julian Assange considera o Facebook “o mais detalhado banco de dados do mundo sobre pessoas, seus

³⁸ CONTI, Greg. **Googling Security**: How much does Google know about you?. USA: Addison-Wesley, 2009, (e-book), p. 22-31

³⁹ BARBARO, Michael; ZELLER, Tom. A Face Is Exposed for AOL Searcher No. 4417749. **The New York Times**, New York, aug. 9 2006. Disponível em: <<http://query.nytimes.com/gst/abstract.html?res=9EoCE3DD1F3FF93AA3575BCoA9609C8B63>>. Acesso em: 29 set. 2015

⁴⁰ CONTI, Greg. **Googling Security**: How much does Google know about you?. USA: Addison-Wesley, 2009, (e-book), 22-24

⁴¹ “google: [...] verb. [...] Search for information about (someone or something) on the Internet using the search engine Google” In: **OXFORD Dictionaries**. [Oxford]: Oxford University Press. Disponível em: <<http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/google>>. Acesso em: 20 out. 2015

⁴² SOLOVE, Daniel J. **The Future of Reputation**: gossip, rumor and privacy on the Internet. New Haven: Yale University Press, 2007, (ebook). Disponível em: <<http://docs.law.gwu.edu/facweb/dsolove/Future-of-Reputation/text.htm>>. Acesso em: 19 set. 2015, p. 38-39

⁴³ FACEBOOK hits new record with one billion active users in a single day: Mark Zuckerberg. **ABC**, Australia, 27 aug. 2015. Disponível em: <<http://www.abc.net.au/news/2015-08-28/facebook-hits-new-record-one-billion-users-in-single-day/6731974>>. Acesso em: 03. nov. 2015

relacionamentos, seus nomes, suas localizações e suas comunicações umas com as outras, e seus parentes”⁴⁴ (traduziu-se), o que não parece ser uma descrição exagerada, visto que tais dados de fato são fornecidos pelos usuários para a rede social e dada sua magnitude.

Conquanto os motivos que levam usuários a transformar suas vidas pessoais em sequências numéricas e armazená-las em um serviço de Internet, por ora, fogem ao foco deste estudo, decerto é de interesse o tratamento desses dados: o que o Facebook faz com tais dados pessoais merece algumas observações. O Facebook usa publicidade direcionada em termos parecidos dos já expostos, com uma não tão pequena diferença: o Facebook pode usar “informações demográficas, interesses, curtir, amigos, websites frequentados e até informações de contato como a fundação de sua plataforma de publicidade.” Para obter mais informações sobre o usuário, tornando seus anúncios mais poderosos, o Facebook os incentiva a compartilhar cada vez mais informações na rede.⁴⁵ (traduziu-se)

Já em 1988, Roger Clarke expunha sobre as tendências tecnológicas à época que permitiam o cruzamento de informações de indivíduos, fenômeno que ele chamou de “dataveillance”, uma aglutinação de *data* – dados – e *surveillance* – vigilância –. O autor advertia que a tecnologia da informação evoluía muito mais rapidamente do que as práticas de tratamento de informações, e que não houvessem políticas amplas para a proteção de privacidade, tais avanços se tornariam um problema.⁴⁶

Se em 1988 o *dataveillance* parecia uma possibilidade, no século XXI ele se tornou realidade. Desde 2006 suspeitava-se que a Agência de Segurança Nacional dos EUA (NSA) estava envolvida em um programa de vigilância em massa, graças a vazamentos de informações.⁴⁷ Entretanto não foi até 2013, com os bombásticos vazamentos de Edward Snowden, que se soube a magnitude do programa de vigilância da NSA: um programa global de coleta e processamento de informações, que incluía, evidentemente, dados obtidos através de diversos serviços pela Internet. Não se sabe ao certo qual foi o real alcance do programa. O que se sabe é que a quantidade de informações coletadas foi sem precedentes.⁴⁸

⁴⁴ “the world’s most comprehensive database about people, their relationships, their names, their addresses, their locations, their communications with each other, and their relatives” In: ASSANGE, 2011 apud KEEN, Andrew. **Digital Vertigo**: How Today’s Online Social Revolution is Dividing, Diminishing, and Disorienting Us. New York: St. Martin’s, 2012, (e-book), p. 23

⁴⁵ “demographic information, interests, likes, friends, websites frequented, and even contact information as the foundation of its advertising platform.” In: ANDREWS, Lori. **I Know Who You Are and I Saw What You Did**: Social networks and the death of privacy. New York: Free Press, 2011, (e-book), p. 42-46

⁴⁶ CLARKE, Roger. Information technology and dataveillance. **Communications of the ACM**, v. 31, n. 5, p. 498-512, 1988. Disponível em: <<http://www.rogerclarke.com/DV/CACM88.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2015

⁴⁷ ELETRONIC Frontier Foundation. **NSA Spying on Americans**. [San Francisco], 201?. Disponível em: <<https://www.eff.org/nsa-spying>>. Acesso em: 18 nov. 2015.

⁴⁸ GREENWALD, Glenn. **Sem Lugar para Se Esconder**: Edward Snowden, a NSA e a espionagem do governo americano. Tradução de Fernanda Abreu. Rio de Janeiro: Sextante, 2014, (e-book), p. 120-144.

Entretanto, enquanto um programa de vigilância em massa é indiscutivelmente uma afronta ao direito à privacidade, a coleta de dados em si não seria uma mitigação do direito à privacidade? Se o indivíduo possuísse um maior controle sobre suas informações pessoais, certamente um programa de vigilância em massa seria de muito mais difícil execução. Greenwald nota que a Internet não é como o correio ou o telefone, é “totalidade do nosso mundo, o lugar onde tudo acontece”. É a rede onde são armazenadas as informações mais pessoais, onde se faz amigos, onde se escolhe livros e filmes. Um sistema de vigilância se utilizando dessa miríade de dados tem um poder avassalador, nunca antes visto.⁴⁹ Pretende-se, adiante, e em face dos delineamentos expostos, examinar, sob o anteparo jurídico, como se dão os conflitos entre as novas tecnologias *versus* o direito à privacidade.

3 PÓS-MODERNIDADE E PRIVACIDADE: ATUALIZAÇÃO DO PROBLEMA

Analisando como se dá a relação das novas tecnologias com o ser humano, seria pouco sensato compreender esse fenômeno como se houvesse surgido *ex nihilo*. Somos a “Geração Google”, afirma Daniel J. Solove: “[d]etalhes sobre sua vida pessoal na Internet podem se tornar bagagens digitais permanentes”.⁵⁰ Andrew Keen argumenta que a Internet fomenta um culto ao social: *compartilhar* se tornou a nova religião do Vale do Silício enquanto a privacidade se torna cada vez menos relevante. Por detrás das redes sociais, se esconde um mundo de crescente solidão e isolamento, numa economia baseada em *atenção* onde a moeda de troca é a *reputação*.⁵¹

Parece evidente que a privacidade se apresenta como conceito cada vez mais difícil de delinear, um conceito cada vez mais etéreo: com a “migração” das pessoas para redes sociais, fica cada vez mais difícil de distinguir aquilo que é privado daquilo que é público, visto que redes sociais são ferramentas públicas por natureza. Keen observa que o Facebook e demais redes sociais são hoje as plataformas que as pessoas usam para revelar tudo sobre si; uma “aldeia global eletrônica” onde todo mundo pode policiar todo mundo.⁵² (traduziu-se)

⁴⁹ GREENWALD, Glenn. **Sem Lugar para Se Esconder**: Edward Snowden, a NSA e a espionagem do governo americano. Tradução de Fernanda Abreu. Rio de Janeiro: Sextante, 2014, (e-book), p. 14-15.

⁵⁰ “Details about your private life on the Internet can become permanent digital baggage” In: SOLOVE, Daniel J. **The Future of Reputation**: gossip, rumor and privacy on the Internet. New Haven: Yale University Press, 2007, (ebook). Disponível em: <<http://docs.law.gwu.edu/facweb/dsolove/Future-of-Reputation/text.htm>>. Acesso em: 19 set. 2015, p. 4-10.

⁵¹ KEEN, Andrew. **Digital Vertigo**: How Today’s Online Social Revolution is Dividing, Diminishing, and Disorienting Us. New York: St. Martin’s, 2012, (e-book), p. 5-18, 119.

⁵² “global electronic village” In: KEEN, Andrew. **Digital Vertigo**: How Today’s Online Social Revolution is Dividing, Diminishing, and Disorienting Us. New York: St. Martin’s, 2012, (e-book), p. 28-29.

Entretanto, pode tal dificuldade de definir privacidade ser simplesmente dada como causa das novas tecnologias; ou o contrário: uso das novas tecnologias seria norteado por outro fenômeno? A relação do ser humano com as novas tecnologias pode ser explicada pelo modo de sua evolução ou dentro de uma cadeia de eventos que culminou em tal situação?

Zygmunt Bauman nota que enquanto por grande parte da história a proximidade física e a proximidade social foram correlatas, a cidade quebra essa tradição: ela transforma em regra interações sem carga emocional, transações com parceiros sem rosto. A modernidade e a pós-modernidade transferem para o indivíduo aquilo que era um peso coletivo. A pós-modernidade é marcada pela *individualização* e a *emancipação*, em que o indivíduo toma para si muitas das responsabilidades ora coletivas.⁵³

A esse fenômeno de transferência de responsabilidades para o indivíduo, Bauman dá o nome de *privatização*. Os desconfortos e ansiedades individuais passam a ser problemas que necessitam de soluções objetivas, passando a ser uma condição necessariamente remediável – e portanto intolerável – e a incapacidade de dirimir tal sofrimento passa a ser a falha de achar o *remédio* adequado. É o “dilema tecnológico”, expressão de Max Black que Bauman usa para explicar a perpétua corrida tecnológica da pós-modernidade: “[s]ó a tecnologia pode ‘melhorar’ a tecnologia, curando doenças de ontem com drogas maravilhosas de hoje, antes que seus próprios efeitos colaterais se interponham amanhã e exijam drogas novas e melhoradas.” A tecnologia, cuja existência e legitimação é gerada por si mesma, passa a ver problemas em aspectos da vida que antes não eram vistos, exigindo uma solução igualmente tecnológica.⁵⁴

Norbert Elias argumenta a existência de uma “balança nós-eu”, uma balança entre indivíduo e sociedade que pode variar durante o tempo, pendendo mais para o *eu* atualmente do que em épocas passadas. Mas é um erro analisar o indivíduo como algo independente da sociedade, ou que existe uma dicotomia entre indivíduo e sociedade.⁵⁵

Entretanto, apesar desse equilíbrio da balança pender atualmente mais para o indivíduo, é notório que existe uma tendência a se valorizar menos a privacidade. Bauman explica que a sociedade pós-moderna é uma sociedade de consumidores não apenas no sentido de pessoas consumindo produtos, mas

⁵³ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 12-14, 37-44

⁵⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 219-220

⁵⁵ ELIAS, Norbert. *A Sociedade dos Indivíduos*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1994, p. 129-131

pelo fato que elas se tornam produtos: “Consumir’, portanto, significa investir na afiliação social de si próprio, o que, numa sociedade de consumidores, traduz-se em ‘vendabilidade’.”⁵⁶

Um dos efeitos colaterais dessa transformação do indivíduo em produto é a diminuição das fronteiras daquilo que é público para aquilo que é privado. Em uma invasão da esfera privada para a esfera pública, os dias atuais passam por uma crise de privacidade. Bauman nota que em tempos de televisão, tabloides e agora a Internet, a privacidade passar cada vez mais a também ser um produto a ser vendido, sobrecarregando a esfera pública de coisas que seriam da esfera privada.⁵⁷

Se essa comodificação do indivíduo pudesse parecer intangível – ou, pelo menos, de muito difícil percepção –, com as novas tecnologias ela passa a ser algo palpável e facilmente observável: o indivíduo nas novas tecnologias passa a ser algo a ser transformado em uma sequência de números e analisado, a fim de estimular seu desejo consumista através de anúncios criados sob medida, com o objetivo de serem cada vez mais atraentes a quem os vê – utilizando-se, para isso, dos dados obtidos. Bruce Schneier aponta que “[o] principal objetivo de toda essa vigilância corporativa da Internet é a publicidade”⁵⁸ (traduziu-se)

Contudo, apesar desse rápido desenvolvimento e mudança nas relações interpessoais, não se pode deixar de levar em conta que somos, afinal, *indivíduos*. Elias aduz que “[m]esmo dentro de um mesmo grupo, as relações conferidas a duas pessoas e suas histórias nunca são exatamente idênticas. Cada pessoa parte de uma posição única em sua rede de relações e atravessa uma história singular até chegar à morte.”⁵⁹

E se somos seres com experiências únicas, não é muito difícil visualizar que nem todas essas experiências queremos compartilhar indiscriminadamente. Portanto, por mais que a fronteira do que é público e privado esteja em constante movimento e por mais que as interconexões pós-modernas, que redefinem o ser humano justamente a partir de sua aparente objetificação e interação com seus iguais a partir de novas tecnologias, para preservar a manifestação da individualidade – que ainda persiste – é necessário preservar alguma privacidade. Privacidade que, pode-se observar, não é a mesma composição de valores do passado – e sofre constantes mudanças –, mas está longe de se tornar um valor superado. Nem mesmo a velocidade das interações pós-modernas é capaz de mitigá-la.

⁵⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o Consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 75-76

⁵⁷ BAUMAN, Zygmunt. *44 Cartas do Mundo Líquido Moderno*. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, (e-book), p. 28.

⁵⁸ “The primary goal of all this corporate Internet surveillance is advertising” In: SCHNEIER, Bruce. *Data and Goliath: The hidden battles to collect your data and control your world*. New York: W. W. Norton & Company, 2015, (e-book), p. 17-24.

⁵⁹ ELIAS, Norbert. *A Sociedade dos Indivíduos*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1994, p. 27

4 COMPREENSÃO JURÍDICA DA PRIVACIDADE: O DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU E O MARCO CIVIL DA INTERNET

Diversos avanços na questão de privacidade e controle de tratamento de dados pessoais surgiram no Direito Comunitário da União Europeia. Desde 1995, a Diretiva 95/46/CE disciplina a proteção de dados pessoais, destacando a importância da privacidade no tratamento de tais dados.⁶⁰ Em seu artigo 1º, 1, tal Diretiva assera que “[o]s Estados-membros assegurarão, em conformidade com a presente directiva, a protecção das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente do direito à vida privada, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais”. Ela ainda frisa que, em seu artigo 3º, se aplica a “ao tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados”. Ainda o artigo 12º garante às pessoas cujos dados são tratados obter “a confirmação de terem ou não sido tratados dados que lhes digam respeito, e informações pelo menos sobre os fins a que se destina esse tratamento”, e, se for o caso, “o apagamento ou o bloqueio dos dados cujo tratamento não cumpra o disposto na presente directiva, nomeadamente devido ao carácter incompleto ou inexacto desses dados”⁶¹, garantindo às pessoas, portanto, certo controle sobre os bancos de dados sobre si, conferindo-lhes a possibilidade de remover ou corrigir dados inexatos.

Em 2002, a Diretiva 2002/58/CE complementa a Diretiva 95/46/CE em relação à sua abrangência. Ela passa a considerar tratamento de dados os dados pessoais tratados independentemente da tecnologia utilizada, visto a evolução tecnológica. Inovação pertinente ao objeto do estudo a Diretiva 2002/58 traz em seu Art. 9º, que determina que dados de localização, se coletados, só podem ser tratados se tornados anônimos ou com o consentimento do usuário.⁶²

⁶⁰ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao Esquecimento: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. v. 8, p 511 - 543, ago. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?t&src=rl&sguid=i0ad8181600000150482a8fa278378cff&docguid=lc2d18690470811e5ba8e01000000000&hitguid=lc2d18690470811e5ba8e01000000000&spos=1&epos=1&td=102&context=3&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 08 out. 2015

⁶¹ UNIÃO EUROPEIA. Directiva 95/46/CE do parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Outubro de 1995. Relativa à protecção das pessoas singulares no que diz ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1444776973189&uri=CELEX:31995L0046>>. Acesso em: 13 out. 2015

⁶² LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao Esquecimento: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. v. 8, p 511 - 543, ago. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?t&src=rl&sguid=i0ad8181600000150482a8fa278378cff&docguid=lc2d18690470811e5ba8e01000000000&hitguid=lc2d18690470811e5ba8e01000000000&spos=1&epos=1&td=102&context=3&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 08 out. 2015

Em decorrência dessa ampla legislação em relação à privacidade e tratamento de dados pessoais na União Europeia, a Google foi protagonista de uma decisão paradigmática em relação a tais matérias, também tocando no Direito ao Esquecimento. Ao ter dados sobre uma execução fiscal, com imóveis vendidos em hasta pública, publicados em jornal – o *La Vanguardia* – e por consequência ter seu nome atrelado a tal fato a uma busca no motor de busca Google, um cidadão espanhol ingressou perante a Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD), solicitando que o jornal e a Google removessem tal notícia de seus respectivos *websites*. A AEPD entendeu que o jornal, por ter publicado a notícia licitamente, não poderia ser acionado pelo cidadão; mas a Google poderia, por ser responsável pelo tratamento de dados pessoais que faz em seu motor de buscas.⁶³

A disputa acabou no Tribunal de Justiça da União Europeia, que decidiu que a atividade de um motor de buscas, por consistir em “encontrar informações publicadas ou inseridas na Internet por terceiros, indexá-las automaticamente, armazená-las temporariamente” e colocá-las a disposição na Internet consistia em “tratamento de dados pessoais”, quando as informações coletadas de fato serem pessoais; e que “o operador de um motor de busca é obrigado a suprimir da lista de resultados as ligações a outras páginas web publicadas por terceiros e que contenham informações sobre essa pessoa” mesmo se a publicação na página original seja lícita. Ainda decidiu que a pessoa tem o direito de requerer que suas informações pessoais não sejam exibidas em um motor de buscas, mas que “não será esse o caso se se afigurar que, por razões especiais como, por exemplo, o papel desempenhado por essa pessoa na vida pública”, pois nesse caso o interesse público de acesso à informação prepondera.⁶⁴

O julgamento também aponta o fato de um buscador, apesar de não publicar dados pessoais, facilita o acesso direto a eles, notando que o tratamento de dados pessoais realizado pela ferramenta “é suscetível de afetar significativamente os direitos fundamentais ao respeito pela vida privada e à proteção de dados pessoais” e reconheceu, portanto, a importância que buscadores exercem na Internet e sociedade moderna. A Corte considerou que não deve ser negligenciado o efeito que tal rápido acesso a informações – quando pessoais – na privacidade do indivíduo: “o efeito de ingerência nos referidos direitos da

⁶³ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao Esquecimento: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. v. 8, p 511 - 543, ago. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000150482a8fa278378cff&docguid=lc2d18690470811e5ba8e010000000000&hitguid=lc2d18690470811e5ba8e010000000000&spos=1&epos=1&td=102&context=3&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 08 out. 2015

⁶⁴ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. **Processo C-131/12**. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção). 13 de maio de 2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=o&doclang=pt&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=343461>>. Acesso em: 13 out. 2015

pessoa em causa é multiplicado devido ao importante papel desempenhado pela Internet e pelos motores de busca na sociedade moderna, que conferem caráter de ubiquidade às informações contidas numa lista de resultados deste tipo”.⁶⁵

A Google acatou a decisão fornecendo um formulário para que cidadãos da União Europeia removessem resultados atrelados ao seu nome, onde destaca que as remoções serão analisadas e será verificado “se os resultados incluem informação desatualizada acerca de si, bem como se existe interesse público na informação”; bem como, ao efetuar a análise, irá “equilibrar os direitos de privacidade do indivíduo com os de interesse público e os direitos à distribuição da informação”⁶⁶

O desdobramento amplia a aplicação dos direitos fundamentais em relação às novas tecnologias. Enquanto as Diretivas não regem expressamente buscadores, a Corte entendeu que o direito fundamental à privacidade prevalecia no caso, de forma a garantir ao indivíduo controle de suas informações pessoais indexadas por buscadores.⁶⁷

A exemplo da Comunidade Europeia, o ordenamento jurídico brasileiro também se adaptou à nova realidade tecnológica. Luciana Antonini Ribeiro observa que as previsões constitucionais analisadas no primeiro ponto se aplicam às novas tecnologias:

Certo é que a Constituição Federal, ao firmar em seu texto princípio que configura direito de personalidade do indivíduo, terá plena aplicabilidade a situações virtuais. (...) É evidente, entretanto, que a elaboração de normas infraconstitucionais especificamente voltadas a internet poderiam englobar a tão necessária adequação de conceitos do direito comum ao “direito virtual”⁶⁸

⁶⁵ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. **Processo C-131/12**. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção). 13 de maio de 2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=pt&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=343461>>. Acesso em: 13 out. 2015

⁶⁶ GOOGLE. **Pedido de remoção de pesquisa ao abrigo da lei de proteção na Europa**. 2016. Disponível em: <https://support.google.com/legal/contact/lr_eudpa?product=websearch&hl=pt>. Acesso em: 26 abr. 2016

⁶⁷ FRANTZIOU, Eleni. Further Developments in the Right to be Forgotten: The European Court of Justice's Judgment in Case C-131/12, Google Spain, SL, Google Inc v Agencia Espanola de Proteccion de Datos. **Human Rights Law Review**. v. 14, n.4, p 761 - 777, oct. 2014. Disponível em: <<http://hr.l.oxfordjournals.org/content/14/4/761>>. Acesso em: 04 mai. 2015

⁶⁸ RIBEIRO, Luciana Antonini. A privacidade e os Arquivos de Consumo na Internet - uma primeira reflexão. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 41, p151-165, jan./mar. 2012; **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**. v.8, p. 1151- 1168, out. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad81815000015495e716984837591d&docguid=137e4b950f25611dfab6f01000000000&hitguid=137e4b950f25611dfab6f01000000000&spos=4&epos=4&td=4000&context=15&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 09 mai. 2016

A necessidade de norma específica para a Internet foi suprida com a Lei 12.965/2014 – o Marco Civil da Internet. A Lei – cuja tramitação foi acelerada pelo já mencionado escândalo de espionagem da NSA, revelado por Edward Snowden – surge como resposta à necessidade de regulamentar diversos aspectos pertinentes à Internet; inclusive, evidentemente, os tangentes ao estudo: a privacidade e coleta de dados.⁶⁹

Sobre a relação do Marco Civil da Internet e os preceitos constitucionais ora discutidos, Celso Antonio Pacheco Fiorillo comenta que a Lei “deve ser preliminarmente interpretad[a] em face dos princípios fundamentais de nossa Constituição Federal, que enquadra a ordem econômica do capitalismo bem como o meio ambiente cultural necessário em face da dignidade da pessoa humana”.⁷⁰ Expressamente, o Art. 2º, inciso II, determina que entre os fundamentos do uso da Internet no Brasil estão “os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais”.

Assim sendo, o Marco Civil da Internet determina, em seu Artigo 3º, que o uso da Internet no Brasil é regido pelos princípios da “proteção da privacidade” – inciso II – e “proteção dos dados pessoais, na forma da lei” – inciso III. Fiorillo argumenta que o inciso II já possui guarida constitucional pelo Art. 5º, X, enquanto o inciso III é abarcado pelo Art 5º, XII, assim como pelo próprio inciso X, visto que a proteção à vida privada já alcança a transmissão de dados privados.⁷¹

Destaca-se ainda o Art. 7º da Lei, que dispõe sobre as garantias do usuário de Internet. Dentre elas, a necessidade de “informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços” (inciso VI); a vedação ao fornecimento de dados pessoais a terceiros sem autorização expressa (inciso VII) e as limitações à coleta e armazenamento de dados elencadas no inciso VIII:

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: a) justifiquem sua coleta; b) não sejam vedadas pela legislação; e c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

O Marco Civil da Internet inova, portanto, trazendo para o ordenamento jurídico brasileiro a proteção expressa à coleta de dados, bem como determinação quanto à proteção dos dados coletados. Determina ainda, a necessidade de consentimento do usuário, de forma clara, para a coleta e armazenamento de dados pessoais e seu tratamento. Gustavo Rabay Guerra comenta que os dispositivos ora analisados formam uma ampla teia de proteções aos direitos à intimidade e

⁶⁹ LEMOS, Ronaldo. O Marco Civil como Símbolo do Desejo por Inovação no Brasil. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 7-8

⁷⁰ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *O Marco Civil da Internet e o Meio Ambiente Digital na Sociedade da Informação: comentários à Lei n. 12.965/2014*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 17-18

⁷¹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *O Marco Civil da Internet e o Meio Ambiente Digital na Sociedade da Informação: comentários à Lei n. 12.965/2014*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 36-38.

privacidade, “dispondo, assim, sobre a impossibilidade de fornecimento a terceiros de dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei”. O autor saúda o fato de haver tal detalhamento, visto que antes do Marco Civil a jurisprudência era vacilante sobre o tema.⁷²

A Lei ainda impõe aos provedores de serviços de acesso à Internet e aos provedores de aplicações de Internet, a obrigação de manter registros de conexões por um ano para provedores de acesso à internet – Art. 13 – e, no caso de provedores de aplicações de Internet, a obrigação de se manter registros por seis meses – Art. 15 –, diferenciando o provedor de acesso à Internet – a entidade que fornece o serviço de acesso à Internet em si – e o provedor de aplicações de Internet – os serviços, sites, etc, trafegados pela rede.

Tais previsões de manutenção de registros de conexão têm a finalidade de assegurar a segurança jurídica em relação aos atos ilícitos perpetrados pela rede, evidentemente incluindo aqueles que agridem ao direito à privacidade. Nesse sentido, Mário Furlaneto Neto e Bruna Pinotti Garcia:

É preciso encontrar um ponto de equilíbrio entre o que é necessário para uma preservação adequada da intimidade, sem que se perca em segurança jurídica nem se diminua as possibilidades da liberdade de expressão.

A autocensura parece a melhor forma de preservação da intimidade, porém, quando mesmo assim a intimidade é violada, necessária a intervenção Estatal. Assim, defender a impossibilidade de guarda dos logs [registros] de acesso e aplicações de internet significa abrir mão de qualquer segurança jurídica no tocante aos atos ilícitos praticados no ciberespaço.⁷³

O Marco Civil da Internet exime, entretanto, provedores de conexão de Internet de responsabilidade por conteúdos gerados por terceiros e permite que provedores de aplicações de Internet sejam responsabilizados apenas após a desobediência de ordem judicial que especifique conteúdo infringente – identificado claramente – a ser excluído, conforme Artigos 18 e 19:

⁷² GUERRA, Gustavo Rabay. Direito à Inviolabilidade e ao Sigilo de Comunicações Privadas Armazenadas: um grande salto rumo à proteção judicial da privacidade na rede. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 409.

⁷³ FURLANETO NETO, Mário; GARCIA, Bruna Pinotti. Da Guarda de Registro de Acesso A Aplicações de Internet na Provisão de Aplicações. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 779.

Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Feitas as considerações sobre a evolução do direito fundamental à privacidade frente às novas tecnologias, resta destacar uma característica dos Direitos Fundamentais: sua historicidade. A compreensão de Direitos Fundamentais deve ser feita considerando sua inserção no contexto histórico, considerando, nas palavras de Paulo Gustavo Gonet, que “possam ser proclamados em certa época, desaparecendo em outras ou que se modifiquem com o tempo”.⁷⁴

Direitos Fundamentais, portanto, alteram-se e moldam-se de acordo com a demanda presente, como assinala Norberto Bobbio:

(...) [O]s direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua com a mudança das condições históricas (...). Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar (...).⁷⁵

Isso considerado, é de se esperar que no contexto atual, de indivíduos, parafraseando Bauman, guiados pelo consumo, sedução e desejos voláteis⁷⁶, que o conceito de privacidade seja algo móvel, de difícil delimitação. Na sociedade da informação e exposição, não é de se estranhar mudanças bruscas em relação ao tema. Entretanto, como visto nos inúmeros julgados neste estudo analisados, ela certamente continua um valor a ser protegido.

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 144.

⁷⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 18

⁷⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 90

A maior prova dessa evolução de conceitos é a citação que abre este estudo: Warren e Brandeis, em 1890, estavam preocupados com o impacto que fotografias instantâneas – para os padrões do fim do século XIX, diga-se – teriam no direito de ser deixado em paz das pessoas.⁷⁷ Hoje até mesmo a expressão *fotografia instantânea* é redundante – todas o são – e a preocupação é seu destino em uma rede global de computadores e dispositivos diversos.

Não apenas fotografias, evidentemente, mas uma quantidade inimaginável de dados circulando na rede, com imenso potencial de nos identificar, categorizar e invadir o nosso direito à privacidade.⁷⁸

Assim como Direitos Fundamentais, as tecnologias igualmente moldam-se, desaparecem e, principalmente, se expandem. O que resta saber é se os Direitos Fundamentais – principalmente o à privacidade – vão se adaptar com a mesma rapidez das admiráveis novas tecnologias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Restando consolidado que a privacidade é um Direito Fundamental, é possível vislumbrar como as novas tecnologias oferecem, no mínimo, um risco a esse importante direito. O incontrolável fluxo de informação que as definem podem trazer consigo efeitos colaterais não tão óbvios: rastros digitais.

Igualmente, é notável mudança na sociedade quanto à privacidade: pessoas se expõem mais voluntariamente, ao mesmo tempo que não querem ser expostas. E é nessa ambivalência que se insere o tema discutido, por mais que haja maior exposição, sempre há aquilo que as pessoas querem manter longe de intromissão alheia.

Ponderando esses fatos, pode-se dizer que Direito está se adaptando para essa nova guerra entre as novas tecnologias e o direito à privacidade. Considerando a historicidade de Direitos Fundamentais, é oportuno dizer que esses direitos devem se adaptar à nova realidade: a realidade da era da informação. Não só era da informação, como a era da *neutralidade* da informação, onde todos podem ser objetos de categorização, indexação e exposição. Ainda resta a dúvida da eficácia de tais normas, resposta que apenas o tempo dará.

⁷⁷ WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*. v. 5, n.5, dec. 1890. Disponível em: <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html>. Acesso em: 01 set. 2015

⁷⁸ SCHNEIER, Bruce. *Data and Goliath: The hidden battles to collect your data and control your world*. New York: W. W. Norton & Company, 2015, (e-book), p. 25-28

REFERÊNCIAS

ANDREWS, Lori. **I Know Who You Are and I Saw What You Did**: Social networks and the death of privacy. New York: Free Press, 2011, (e-book).

BARBARO, Michael; ZELLER, Tom. **A Face Is Exposed for AOL Searcher No. 4417749**. The New York Times, New York, aug. 9 2006. Disponível em: <<http://query.nytimes.com/gst/abstract.html?res=9EoCE3DD1F3FF93AA3575BCoA9609C8B63>>. Acesso em: 29 set. 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **44 Cartas do Mundo Líquido Moderno**. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, (e-book).

BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**: Entrevista a Benedetto Vecchi. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Ambivalência**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o Consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.335.153 – RJ**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Data do Julgamento: 28 mai. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100574280&dt_publicacao=10/09/2013>. Acesso em: 14 set. 2015.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. v. 8 p. 563 – 596, ago. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=r1&srguid=ioad6007a0000014fb81b3cef5f36f6c4&docguid=lc30b3430470811e5ba8e010000000000&hitguid=lc30b3430470811e5ba8e010000000000&spos=1&epos=1&td=398&context=8&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 10 set. 2015.

CLARKE, Roger. Information technology and dataveillance. **Communications of the ACM**, v. 31, n. 5, p. 498-512, 1988. Disponível em: <<http://www.rogerclarke.com/DV/CACM88.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2015

CONTI, Greg. **Googling Security**: How much does Google know about you?. USA: Addison-Wesley, 2009, (e-book).

ELETRONIC Frontier Foundation. **NSA Spying on Americans**. [San Francisco], 201?. Disponível em: <<https://www.eff.org/nsa-spying>>. Acesso em: 18 nov. 2015.

ELIAS, Norbert. **A Sociedade dos Indivíduos**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1994.

EVANS, David S. The Online Advertising Industry: economics, evolution and privacy. **American Economic Association**. v. 23, n. 3, p. 37-60, summer, 2009. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/27740539>>. Acesso em: 18 set. 2015, p. 50-51

FACEBOOK hits new record with one billion active users in a single day: Mark Zuckerberg. **ABC**, Australia, 27 aug. 2015. Disponível em: <<http://www.abc.net.au/news/2015-08-28/facebook-hits-new-record-one-billion-users-in-single-day/6731974>>. Acesso em: 03. nov. 2015.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos**: A Honra, a Intimidade, A Vida Privada e a Imagem versus A Liberdade de Expressão e Informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O Marco Civil da Internet e o Meio Ambiente Digital na Sociedade da Informação**: comentários à Lei n. 12.965/2014. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRANTZIOU, Eleni. Further Developments in the Right to be Forgotten: The European Court of Justice's Judgment in Case C-131/12, Google Spain, SL, Google Inc v Agencia Espanola de Proteccion de Datos. **Human Rights Law Review**. v. 14, n.4, p 761 - 777, oct. 2014. Disponível em: <<http://hrlr.oxfordjournals.org/content/14/4/761>>. Acesso em: 04 mai. 2015.

FREGADOLLI, Luciana. O Direito à Intimidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 19, 1997. p. 196 – 246, abr. – jun., 1997; **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. v. 3. p. 443 – 514, out. 2010. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad6007a0000014fc2bed8a16f354511&docguid=l22e5b110f25311dfab6f010000000000&hitguid=l22e5b110f25311dfab6f010000000000&spos=8&epos=8&td=4000&context=80&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 12 set. 2015

FURLANETO NETO, Mário; GARCIA, Bruna Pinotti. Da Guarda de Registro de Acesso A Aplicações de Internet na Provisão de Aplicações. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014.

GOLDMAN, David. Your Samsung TV is eavesdropping on your private conversations. **CNN MONEY**, [S.l.], Feb 10, 2015. Disponível em: <<http://money.cnn.com/2015/02/09/technology/security/samsung-smart-tv-privacy/>>. Acesso em: 19 set 2015.

GOOGLE. **Pedido de remoção de pesquisa ao abrigo da lei de proteção na Europa**. 2016. Disponível em: <https://support.google.com/legal/contact/lr_eudpa?product=websearch&hl=pt>. Acesso em: 26 abr. 2016.

GREENWALD, Glenn. **Sem Lugar para Se Esconder**: Edward Snowden, a NSA e a espionagem do governo americano. Tradução de Fernanda Abreu. Rio de Janeiro: Sextante, 2014, (e-book).

GUERRA, Gustavo Rabay. Direito à Inviolabilidade e ao Sigilo de Comunicações Privadas Armazenadas: um grande salto rumo à proteção judicial da privacidade na rede. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014.

HIGGINS, Peter. Big Brother Is Listening: Users Need the Ability To Teach Smart TVs New Lessons. **Electronic Frontier Foundation**, [San Francisco], 11 fev. 2015. Disponível em: <<https://www.eff.org/pt-br/deeplinks/2015/02/big-brother-listening-users-need-ability-teach-smart-tvs-new-lessons>>. Acesso em: 20 set. 2015

INTERNET Archive: 6. out. 2014. Samsung Privacy Policy--SmartTV Supplement. Disponível em: <<https://web.archive.org/web/20141006185155/http://www.samsung.com/sg/info/privacy/smarttv.html>>. Acesso em: 19 set. 2015.

KEEN, Andrew. **Digital Vertigo**: How Today's Online Social Revolution is Dividing, Diminishing, and Disorienting Us. New York: St. Martin's, 2012, (e-book), p. 28-29.

LEMOS, Ronaldo. O Marco Civil como Símbolo do Desejo por Inovação no Brasil. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014.

LI, Tai-Ching et al. TrackAdvisor: Taking Back Browsing Privacy from Third-Party Trackers. In: **Passive and Active Measurement**. Springer International Publishing, 2015. p. 277-289. Disponível em: <<http://wan.poly.edu/pam2015/papers/38.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2015.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao Esquecimento: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. v. 8, p 511 - 543, ago. 2015. Disponível em: <[http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgets/homepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad8181600000150482a8fa278378cff&docguid=lc2d18690470811e5ba8e0100000000000&hitguid=lc2d18690470811e5ba8e010000000000&spos=1&epos=1&td=102&context=3&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgets/homepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad8181600000150482a8fa278378cff&docguid=lc2d18690470811e5ba8e010000000000&hitguid=lc2d18690470811e5ba8e010000000000&spos=1&epos=1&td=102&context=3&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 08 out. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 280.

ORWELL, George. **Nineteen Eighty-four**. Australia: Project Gutenberg Australia, 2008, (e-book). Disponível em: <<http://gutenberg.net.au/ebookso1/0100021.txt>>. Acesso em: 17 set. 2015.

OXFORD Dictionaries. [Oxford]: Oxford University Press. Disponível em: <<http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/google>>. Acesso em: 20 out. 2015.

PAYTON, Theresa M.; CLAYPOOLE, Theodore. **Privacy in the Age of Big Data**. USA: Rowman & Littlefield, 2014, (e-book).

PIMENTEL, Alexandre Freire; CARDOSO, Mateus Queiroz. A regulamentação do direito ao esquecimento na lei do marco civil da Internet e a problemática da responsabilidade civil dos provedores. **Revista da AJURIS**. v. 42, n. 137, p. 45 - 61, mar. 2015. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/376/310>>. Acesso em: 07 abr. 2016

RIBEIRO, Luciana Antonini. A privacidade e os Arquivos de Consumo na Internet - uma primeira reflexão. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 41, p 151 - 165, jan./mar. 2012; **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**. v.8, p. 1151- 1168, out. 2011. Disponível em: <[http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgets/homepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad818150000015495e716984837591d&docguid=l37e4b95of25611dfab6f0100000000000&hitguid=l37e4b95of25611dfab6f0100000000000&spos=4&epos=4&td=4000&context=15&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgets/homepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad818150000015495e716984837591d&docguid=l37e4b95of25611dfab6f010000000000&hitguid=l37e4b95of25611dfab6f0100000000000&spos=4&epos=4&td=4000&context=15&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 09 mai. 2016

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Direito ao esquecimento na perspectiva do STJ. **Revista eletrônica Consultor Jurídico**. São Paulo, 19. dez. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-19/direito-comparado-direito-esquecimento-perspectiva-stj>>. Acesso em: 14 set. 2015 .

SAMSUNG. **Política de privacidade global da Samsung** – Complemento da SmartTV. 2015. Disponível em: <<http://www.samsung.com/br/info/privacy/smarttv.html>>. Acesso em: 19 set. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet. **Revista eletrônica Consultor Jurídico**. São Paulo, 22. mai. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>>. Acesso em: 09 set. 2015

SCHNEIER, Bruce. **Data and Goliath: The hidden battles to collect your data and control your world**. New York: W. W. Norton & Company, 2015, (e-book), p. 17-24.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SOLOVE, Daniel J. **The Digital Person: Technology and privacy in the information age**. New York: New York University Press, 2004, (e-book), p. 29. Disponível em: <<http://docs.law.gwu.edu/facweb/dsolove/Digital-Person/text.htm>>. Acesso em: 14 set. 2015.

SOLOVE, Daniel J. **The Future of Reputation: gossip, rumor and privacy on the Internet**. New Haven: Yale University Press, 2007, (ebook). Disponível em: <<http://docs.law.gwu.edu/facweb/dsolove/Future-of-Reputation/text.htm>>. Acesso em: 19 set. 2015.

TUCKER, Chatherine E. The Economics of Advertising and Privacy. **International Journal of Industrial Organization**. v. 30, n. 3, p 326-329, may 2012. Disponível em: <<http://www-sciencedirect-com.ez310.periodicos.capes.gov.br/science/article/pii/S0167718711001147>>. Acesso em: 25 set. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 95/46/CE do parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Outubro de 1995**. Relativa à protecção das pessoas singulares no que diz ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1444776973189&uri=CELEX:31995L0046>>. Acesso em: 13 out. 2015

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. **Processo C-131/12**. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção). 13 de maio de 2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=pt&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=343461>>. Acesso em: 13 out. 2015

VAN DEN HOVEN, Jeroen et al. Privacy and Information Technology. In: ZALTA, Edward N. (Ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. winter, 2014. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/it-privacy/>>. Acesso em: 24 set. 2015.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**. v. 5, n.5, dec. 1890. Disponível em: <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html>. Acesso em: 01 set. 2015

WILLIS, Craig E.; ZELIKOVIC, Mihajlo. A personalized approach to web privacy: awareness, attitudes and actions. **Information Management & Computer Security**. v. 19, n. 1, p. 53-73, 2011. Disponível em: <<http://www-emeraldinsight-com.ez310.periodicos.capes.gov.br/doi/full/10.1108/09685221111115863>>. Acesso em: 24 set 2015.

direito do conhecimento à origem genética frente ao sigilo do doador

**Cristiane Beatriz Fonseca
dos Santos**

Bacharel em Direito pela Universidade Feevale,
Brasil. E-mail: cristianesantosrs@terra.com.br.

**Henrique Alexandre Grazzi
Keske**

Doutor em Filosofia pela Universidade do Vale
do Rio dos Sinos (UNISINOS). Docente no
Curso de Direito da Universidade Feevale.
E-mail: henriquek@feevale.br.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar o direito do indivíduo gerado por inseminação heteróloga ter o conhecimento de sua origem genética.

A pesquisa se justifica inicialmente pela verificação de ausência de pontuações legais acerca do assunto, já que a reprodução heteróloga é, hoje, regida através de Resoluções liberadas pelo Conselho Federal de Medicina, que, apesar de serem balizas éticas destinadas apenas à comunidade médica, têm de ser aplicadas, na ausência de manifestação legal, dentro do âmbito jurídico.

Além disso, busca-se confrontar o anonimato do doador frente ao direito do filho gerado ao conhecimento de sua origem biológica, através de um estudo principiológico, trazendo-se um estudo de caso do Superior Tribunal de Justiça da Alemanha, o qual apresenta o embate entre os princípios fundamentais da personalidade e da intimidade, introduzindo o também princípio da proporcionalidade, como forma de resolução do conflito. Finalizando-se a pesquisa traz-se análise de jurisprudência das Cortes Superiores Brasileiras, que, apesar de não serem específicas sobre o tema da fecundação heteróloga, expõem, através de analogia, a preponderância do direito ao reconhecimento da origem genética.

Utiliza-se da pesquisa exploratória que se dá através do exame de pesquisa bibliográfica, doutrinaria e análise jurisprudencial. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, em razão do problema ocasionado pelo choque de direitos fundamentais, uma vez que se busca uma resposta adequada à questão da quebra do sigilo do doador da inseminação heteróloga.

1 A REPRODUÇÃO HETERÓLOGA NO ATUAL CONTEXTO BRASILEIRO

Em relação às formas de reprodução humana assistida, faz-se necessário classifica-las de acordo com a sua utilização em homólogas e heterólogas. Diz-se homóloga aquela “quando estamos diante da manipulação de gametas masculinos e femininos do próprio casal”, pois o material usado é o sêmen do marido ou companheiro, com o óvulo da mulher, para a formação do embrião.¹ Será heteróloga sempre que os

¹ BERTONCINI, Carla; COSTA, Cleusa. Técnicas de Reprodução Humana e o Direito de Família. In: ALONSO, Ricardo Pinha; KAZMIERCZAK, Luis Fernando. (Orgs.) *Estudos Contemporâneos de Bioética e Biodireito*, São Paulo: Letras Jurídicas, 2013, p.236.

gametas forem provenientes de terceiros, podendo ser “parcial, quando gametas são doados por terceiro ou por um dos cônjuges, ou total, quando os dois gametas são obtidos de doação por terceiros”.²

Gama lembra que o texto do projeto do Código Civil de 2002 demorou mais de vinte anos para entrar em vigor, portanto inúmeras transformações no cenário científico, político e social ocorreram desde a sua redação até a sua regulamentação. Da mesma forma, a redação inicial aprovada pela Câmara dos Deputados foi alterada pelo Senado Federal, uma vez que, no decorrer desse lapso temporal, houve a promulgação da Constituição de 1988, revolucionando o direito de família. Ainda ressalta o autor que a filiação, na reprodução assistida heteróloga, sofreu inúmeros entraves “por parte de alguns setores mais conservadores e tradicionais”, com o intuito de impossibilitar a prática “na área da saúde reprodutiva”; destacando que, mesmo com algumas modificações realizadas pelo Senado, não foram sanadas “imperfeições e inconstitucionalidades do texto aprovado”.³

A ciência e a tecnologia trouxeram novos conhecimentos em relação à reprodução assistida, por esse motivo é necessário reexaminar o critério biológico legal, consagrado no artigo 1.597, V, da atual legislação civil, não permitindo, dessa forma, a omissão de novas questões jurídicas quanto à procriação.⁴

Assim, faz-se necessário refletir acerca de questões, como: da dúvida quanto à filiação, se será do pai biológico, ou do marido que consentiu a inseminação heteróloga, mesmo concordando com a inseminação de um terceiro; do anonimato; do direito da criança à informação do seu registro genético; podendo-se ainda debater outros aspectos decisivos para a vida do ser humano. Logo, há uma série de problemas ditados por essa prática de inseminação, evidenciando-se, assim, a necessidade de se pensar acerca da dignidade da pessoa humana.⁵

² DALVI, Luciano. A Reprodução Assistida In: DALVI, Luciano. **Curso Avançado de Biodireito**: doutrina, legislação e jurisprudência. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p.193.

³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A Reprodução Assistida Heteróloga Sob A Ótica Do Novo Código. **Revista dos Tribunais** v. 817/2003, nov.2003, p.11-34 **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**.v.1,ago2011p.1261-1293Disponívelem:<<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad600790000015212a68b406fd3756b&docguid=1099337c0f25111dfab6f01000000000&hitguid=1099337c0f25111dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=22&context=25&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 05 jan 2016.

⁴ PEREIRA, Sergio Gischkow. **Filiação Biológica e Socioafetiva**. In: PEREIRA, Sergio Gischkow. **Direito de Família: Aspectos do Casamento, sua eficácia, Separação, Divórcio, Parentesco, Filiação, Regime de Bens, Alimentos, Bem de Família, União Estável, Tutela e Curatela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.78-87.

⁵ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Questões Jurídicas em Torno da Inseminação Artificial – Intervenção em painel sobre o tema, promovido pela Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro **Revista dos Tribunais**, v.678, abr.1992 p.268-274. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/latestupdates/document?&src=rl&sruid=ioad818160000014fcbecb3954f9b7535&docguid=11a6ada40f25011dfab6f01000000000&hitguid=11a6ada40f25011dfab6f01000000000&spos=35&epos=35&td=78&context=35&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 14 set.2015.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana teve o seu berço secular na filosofia e vem sendo compreendida e modificada ao longo de um desenvolvimento histórico, tornando-se complexa a sua conceituação⁶; estando, no enfoque do presente artigo, sobretudo, relacionada à biotecnologia, por refutar a coisificação ou a instrumentalização da vida, do corpo e da liberdade humana.⁷

Foi, no entanto, com Imanuel Kant, um dos principais filósofos representantes do Iluminismo, que a concepção de dignidade foi integralmente construída. O seu ponto de partida foi o sujeito e sua relação com objeto; e suas ideias centralizavam-se na razão, no dever, na capacidade, na liberdade, no agir livre de ordens (autonomia da vontade), com limite, ao passo que este deve comprometer-se com a ética.⁸ Tanto que a máxima Kantiana expressa na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, diz: *"Age de tal maneira que trates a humanidade, tanto na sua própria pessoa como na do outro, sempre como um fim e jamais como um meio"*. Com base nesta premissa, - trate o outro como pessoa livre e diversa, reconhecendo-o como centro da dignidade e não como coisa, que pode ser avaliado economicamente, pois a pessoa é digna e não tem preço.⁹ A dignidade humana do pensamento de Kant é, até hoje, a base da fundamentação e da conceituação que a doutrina jurídica nacional e estrangeira identifica e sustenta.

Com o fim da 2ª Guerra Mundial, sinalizado pelo genocídio e pelo totalitarismo, a ideia de dignidade humana passa a ser importada para um mundo jurídico, em razão de dois movimentos.¹⁰ O primeiro foi a ascensão de uma "cultura pós-positivista, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia

⁶ PEREIRA, Damião Teixeira. *Dignidade Da Pessoa Humana: Evolução Da Concepção De Dignidade E Sua Afirmação Como Princípio Fundamental Da Constituição Federal De 1988*. 2006. 168f. Tese(Mestrado em Direito). Programa de pós-graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006, p. 44. Disponível em: < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp012538.pdf> >. Acessado em: 14 abr. 2016.

⁷ BRAUNER, Maria Claudia Cresppo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar 2003.p.168.

⁸ BARROSO, Luís Roberto; *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado. Dez. 2010. Disponível em: < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf >. Acessado em: 22 abr.2016.

⁹ SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. *O direito "in vitro": Da bioética ao biodireito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p.63-64.

¹⁰ BARROSO, Luiz Roberto; MELLO, Humberto Laport. "Aqui, Lá e em Todo Lugar": A Dignidade Humana no Direito Contemporâneo e no Discurso Transacional. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* v. 8, Ago. 2015, p. 33 - 95 Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad6007a0000015413f7310fefb812a8&docguid=lc4d2fbe0470811e5ba8e01000000000&hitguid=lc4d2fbe0470811e5ba8e01000000000&spos=1&epos=1&td=115&context=67&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista”; o segundo realizou, “a inclusão da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos”¹¹ dentre estes, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que tem como escopo respeitar e proteger o homem, como pessoa, independentemente de sua situação social ou física.¹²

No âmbito do direito constitucional brasileiro, a dignidade da pessoa humana está expressa na Constituição Federal de 1988, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais. Deixou, dessa forma, o constituinte transparecer a sua intenção de serem os direitos fundamentais a base do nosso ordenamento jurídico, “inclusive das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram aquilo que se pode denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material”. Do mesmo modo, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana foi o instrumento expresso na previsão constitucional¹³.

Petterle fala que a positivação da dignidade da pessoa humana está claramente introduzida, além disto, em outros capítulos do texto, de nossa Carta Magna, na esfera do livre planejamento familiar e na paternidade responsável, garantindo à criança, ao adolescente, ao jovem, o direito à dignidade (art.227, caput).¹⁴

Sarlet pontua que há de se reconhecer a noção de dignidade da pessoa humana na condição de “servir de baliza” para uma efetuação ao Direito, mas esta “não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e à medida que este a reconhece”; dado que ela é também um conceito “a priori” da pessoa humana, pois, toda pessoa tem garantida a sua dignidade, independentemente de sua conduta social ou posição, “visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, [...] ainda que não se portem de forma igualmente digna”. Assim, deverá o Direito exercer a sua proteção e promoção, coibindo a violação nos casos em concreto.¹⁵

¹¹ BARROSO, Luís Roberto; **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado. Dez. 2010. Disponível em: < http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acessado em: 22 abr.2016.

¹² SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.55.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.p.73-74.

¹⁴ PERTTELE, Selma Rodrigues; **O Direito fundamental à identidade genética na Constituição Brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 82.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.p 50-53

Barroso, ao tratar do tema ora em tela é enfático ao afirmar que, “ao viajar da Filosofia para o Direito, a dignidade humana, sem deixar de ser um valor moral fundamental, ganha também status de princípio jurídico”, tornando-se um “dever ser normativo”, portanto, examinado pelo Poder Judiciário. Observa também que a dignidade humana tem uma grande importância nos “casos difíceis” para os quais não há solução positivada no Direito. Dessa maneira, permite a busca por elementos extrajurídicos, como a Filosofia Moral e Política – onde ela é “vista como valor pré e extrajurídico” - desempenhando assim a função interpretativa capaz de influenciar na decisão da solução jurídica. Ao finalizar, diz o autor que a “dignidade humana, então, é um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação” em lei expressa, ou por sua “aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema”¹⁶.

Logo, reconhecer o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é interpretá-lo como “norma das normas dos direitos fundamentais”¹⁷, estando eles, portanto, intimamente ligados “como as duas faces de uma mesma moeda”, em que uma é voltada para a Filosofia, no qual os valores morais estão expressos – todas as pessoas são iguais e merecedoras de respeito e consideração; enquanto que a outra é “voltada para o Direito” amparada nos Direitos Fundamentais, representando a moral sob a forma de Direito¹⁸. Assim é importante referir que a dignidade da pessoa humana deve ser entendida em relação a “gerações futuras”, por razão dos avanços tecnocientíficos, “que geram sérios riscos para a existência e identidade da humanidade (por exemplo, clonagem reprodutiva e engenharia genética humana)”, protegendo dessa forma a integridade e identidade do homem¹⁹.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto; **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado. Dez. 2010. Disponível em: < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acessado em: 22 abr.2016.

¹⁷ CAVALCANTE, Lara Capelo. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento da produção da existência em todas as suas formas**. 2007. 115f. Tese (Mestrado em Direito). Programa de pós-graduação em Direito Constitucional. Fundação Edson Queiroz, Universidade de Fortaleza - Unifor, Fortaleza, 2007, p.72. Disponível em: < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cpo49145.pdf>>. Acessado em: 26 abr.2016.

¹⁸ BARROSO, Luiz Roberto; MELLO, Humberto Laport. “Aqui, Lá e em Todo Lugar”: A Dignidade Humana no Direito Contemporâneo e no Discurso Transacional. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional** v. 8, Ago. 2015, p. 33 - 95 Disponível em: < [¹⁹ ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “Dignidade” da Pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 82.](http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6007a0000015413f7310fefb812a8&docguid=Ic4d2fbe0470811e5ba8e010000000000&hitguid=Ic4d2fbe0470811e5ba8e010000000000&spos=1&epos=1&td=115&context=67&startChunk=1&endChunk=1>”. Acesso em: 26 abr. 2016.</p></div><div data-bbox=)

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana não se esgota em uma conceituação, ao contrário, ela está em constante transformação, desde o seu ponto de partida, no Iluminismo, por Kant, mostrando o sujeito reconhecido como centro da dignidade e não como coisa em relação a um objeto. Assim, ela representa o valor absoluto de cada ser humano, independentemente de sua situação social, econômica, política, mental, física ou religiosa, devendo o Estado exercer a sua promoção - proporcionando condições básicas à sua proteção - coibindo a violação dos direitos fundamentais. É a sua condição como tal que gera o devido respeito de todos para com todos²⁰.

3 O ANONIMATO DO DOADOR E O DIREITO AO CONHECIMENTO DO INDIVÍDUO GERADO

Hoje, a legislação brasileira incorporada pelo Código Civil de 2002, no seu art. 1.597, V, reconhece, como filho conjugal, aquele nascido por inseminação heteróloga, - do material genético doado por terceiro - desde que haja a anuência do marido; e não daquele que forneceu o sêmen anonimamente. Neste sentido, a legislação pressupõe que pai é aquele marido ou companheiro que consentiu na técnica de reprodução humana assistida heteróloga²¹.

Destaca Lobo, que o legislador repetiu, mesmo após a Constituição 1988, a presunção *pater is est*, fazendo coincidir, dessa forma, a filiação biológica com a legal. Sustenta, assim, que, com a evolução da biogenética, a família atual não é mais a daquele modelo patriarcal, que impedia o filho de discutir a certeza de sua filiação e que não admitia entidades familiares fora da conjugalidade; isto porque, hoje, os tribunais têm entendido que os filhos podem contestar, a qualquer tempo, a sua paternidade, fundado nos “princípios constitucionais” e no artigo 27, do ECA, o qual dá à prole o direito personalíssimo,

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.p 52-53.

²¹ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5. ed. rev. atual. amplia. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.533.

indisponível e imprescritível ao reconhecimento do estado de filiação.²² Ademais, a Lei 8.560/92 no seu art. 1º, I a IV, regula a investigação de paternidade dos filhos, permitindo o reconhecimento.²³

Diante de tal possibilidade de estabelecer-se a verdade da sua filiação e com o avanço das técnicas biotecnológicas, dando uma confiabilidade ao teste de DNA, permitiu-se que o indivíduo conhecesse a sua origem genética com certeza de 99,99%.²⁴

Desse modo, percebe-se que a ação investigatória de paternidade é disponibilizada a todos aqueles que pretendem regularizar o seu “*status familiae*”, tornando-se inadmissível qualquer restrição ou vedação da mesma, incorporando, dessa forma, ao “tratamento filiatório”, os princípios da dignidade da pessoa humana²⁵.

Importante lembrar, que, por não existir nenhuma legislação infraconstitucional que verse a matéria, o Conselho Federal de Medicina, através da Resolução 2.121/2015, IV, vem regulamentando as regras das técnicas de reprodução humana assistida, tratando, entre outras diretrizes, do sigilo da doação de gametas.²⁶

Trazendo em seu texto:

²² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. *Revista de Direito Privado*, v.3, p.35-41, jul/set 2000. Disponível em:< <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&sguid=ioad60079000001546350c1c5b2840cco&docguid=I8506oadof25211dfab6f01000000000&hitguid=I8506oadof25211dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=164&context=4&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 29 abr.2016.

²³ PORTO, Mário Moacyr. Ações de investigação de paternidade ilegítima e petição de herança - estudo de direito comparado. *Revista dos Tribunais*, v. 645, p.7 – 12, jul. 1989. *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões*, v. 4, p. 263 – 271, ago. 2011. Disponível em:<<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&sguid=ioad60079000001546798a9427fabc93&docguid=I43dec14of25811dfab6f01000000000&hitguid=I43dec14of25811dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=106&context=7&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 30 abr.2016

²⁴ MOÁS, Luciane da Costa; CORREA, Marilena Cordeiro D. Villela. Filiação e tecnologia de reprodução assistida: entre medicina e direito. v.20, n.2, 2010, p.591-607. Disponível em:< http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000200014>. Acesso em: 30 abr.2016.

²⁵ MOURA Cláudia Bellotti; OLTRAMARI Vitor Hugo. A quebra da coisa julgada na investigação de paternidade: uma questão de dignidade. *Revista de Direito Privado*, v.21 p. 49 - 68 jan-mar 2005. *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões*, v. 4 p. 569 - 591 ago. 2011. Disponível em:<<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&sguid=ioad60079000001546853ddbea5cdc6a5&docguid=I905dde00e03a11df92fe01000000000&hitguid=I905dde00e03a11df92fe01000000000&spos=1&epos=1&td=84&context=189&startChunk=1&endChunk=1>>Acesso em:30 abr.2016.

²⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Manual de biodireito. 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011,p.291

4- Será mantido obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do (a) doador (a).²⁷

O anonimato hoje é condição primordial para garantir a segurança “entre as partes” que participam das técnicas de reprodução assistida, obrigando inclusive ao médico a manter esse sigilo. A única exceção de autorização da sua confidencialidade é permitida por motivos de saúde, porém essa quebra, não é absoluta, uma vez que a “identidade civil” do doador é resguardada²⁸.

Portanto, a revelação de dados obtidos profissionalmente será efetuada somente nas seguintes situações: a) motivo justo; b) dever legal; c) Consentimento Informado, por escrito, do paciente, em que há declaração expressa de anuência para a divulgação da informação sigilosa.²⁹

Logo, o compromisso do sigilo médico constitui-se em uma relação entre médicos e pacientes baseada na confidencialidade, somada às condições contratuais e ético-normativas.³⁰

A manutenção do anonimato é justificada por seus defensores, no sentido de que, se o sigilo não for garantido, não haverá mais doadores. Outro pressuposto relevante é construído com base na manutenção da dignidade da pessoa humana, afirmando que o anonimato está ligado à intimidade e à privacidade da pessoa³¹.

²⁷ Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.121/2015**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2016.

²⁸ VASCONCELOS, Camila et al. Direito ao conhecimento da origem biológica na reprodução humana assistida: reflexões bioéticas e jurídicas. **Rev. Bioética**, Brasília, v. 22, n. 3, p. 509-518, dez. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000300015&lng=pt&nrm=iso&tlng=en>. Acesso em: 30 abr. 2016.

²⁹ VASCONCELOS, Camila et al. Direito ao conhecimento da origem biológica na reprodução humana assistida: reflexões bioéticas e jurídicas. **Rev. Bioética**, Brasília, v. 22, n. 3, p. 509-518, dez. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000300015&lng=pt&nrm=iso&tlng=en>. Acesso em: 30 abr. 2016

³⁰ VASCONCELOS, Camila et al. Direito ao conhecimento da origem biológica na reprodução humana assistida: reflexões bioéticas e jurídicas. **Rev. Bioética**, Brasília, v. 22, n. 3, p. 509-518, dez. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000300015&lng=pt&nrm=iso&tlng=en>. Acesso em: 30 abr. 2016

³¹ PEREIRA, Adriana Patrícia Campos. **O princípio do anonimato na reprodução assistida à luz do direito à identidade** – a possibilidade de conhecer a origem biológica sem desconstituir a filiação afetiva. Brasil: 1988 – 2006. 121f. Dissertação de (Mestrado em Relações Privadas e Constituição). Centro Universitário Fluminense – Uniflu, Faculdade de Direito de Campos – FDC, 2006, p.84-85. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp035980.pdf>>. Acesso em: 02 mai. 2016.

Wanssa considera importante o anonimato do doador como a única forma de garantir o sigilo à informação genética, respeitando dessa forma a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos de 1997, “que diz caber ao indivíduo o direito de determinar as circunstâncias em que devem ser reveladas as suas informações genéticas e a quem deva revelar-se”. Por fim, menciona a autora, que o sigilo deve ser visto “como expressão daquilo que deve permanecer secreto”³².

Gama sustenta que o anonimato deve ser mantido, respeitando-se o reconhecimento do Direito Brasileiro aos direitos fundamentais da privacidade, intimidade e identidade; e, de outra parte, defende o acesso às informações biológicas de sua origem, “não por simples curiosidade”, mas com intuito de proteção à saúde. Além do que, o “resguardo da sua existência”, devendo ter como o único titular de interesse legítimo, a pessoa gerada. Contudo, prepondera o autor ser fundamental o segredo, em relação a estranhos, mas não ao filho, já que este tem o direito de obter informações a respeito de sua origem genética.³³

Cumpra esclarecer que a intimidade, corresponde a todas as “informações acontecimentos ou eventos que a pessoa deseja manter em seu foro íntimo”, devendo receber uma maior proteção, já que traz consigo todos os “fatos e segredos” de cunho pessoal. Por sua vez, a privacidade diz respeito à limitação ou não, dos fatos, informações e segredos, controlados pelo próprio sujeito³⁴.

Dessa forma, as questões que circundam o anonimato estão ligadas diretamente ao direito à intimidade genética, que é “o direito de determinar as condições do acesso à informação genética”. Assim, pelo princípio da autonomia, é dado ao indivíduo o direito de decidir acerca da utilização de seus dados médicos e genéticos, dando a estes o poder de anuir a sua existência, veracidade e a sua revelação³⁵.

³² WANSSA, Maria do Carmo Demasi. Inseminação artificial e anonimato do doador. *Rev. Bras. Saude Mater. Infant.*, Recife, v. 10, supl. 2, p. 5337-5345, dez 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292010000600011>. Acesso em: 02 mai.2016.

³³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova Filiação**: O Biodireito e as Relações Parentais: O Estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 803.

³⁴ GONÇALVES, Andrey Felipe Lacerda; BERTOTTI, Monique; MUNIZ, Veyzon Campos. O direito fundamental à privacidade e à intimidade no cenário brasileiro na perspectiva de um direito à proteção de dados pessoais. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* v.8, p. 597 – 614, ago. 2015. Disponível em: <[http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultlist/document?&src=rl&srguid=ioad600790000015482218335d1169209&docguid=ic32720a0470811e5ba8e010000000000&hitguid=ic32720a0470811e5ba8e010000000000&spos=1&epos=1&td=1193&context=4&startchunk=1&endchunk=1](http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultlist/document?&src=rl&srguid=ioad600790000015482218335d1169209&docguid=ic32720a0470811e5ba8e01000000000&hitguid=ic32720a0470811e5ba8e010000000000&spos=1&epos=1&td=1193&context=4&startchunk=1&endchunk=1)>. Acesso em 05 mai.2016.

³⁵ HAMMERSCHMIDT, Denise; OLIVEIRA José Sebastião de. Direito à intimidade genética: um contributo ao estudo dos direitos da personalidade. In: *Revista Jurídica Cesumar Mestrado*. v.6 n.1 p.421-455, 2006. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/320/179>> Acesso em: 05 mai.2016.

Se por um lado, há quem ateste a manutenção do anonimato, tendo em vista, evitar futuros problemas emocionais e legais, devendo a pessoa humana ter a sua autonomia respeitada e preservada, por outro, há os que defendem o direito à identidade de sua ascendência biológica: - médicos psiquiátricos e psicólogos - por acreditarem “na influência nefasta que os segredos familiares provocam na criança”³⁶; - doutrinadores - por defenderem o direito a identidade pessoal de sua ascendência biológica, ligada ao direito da personalidade. Ambos, porém, com fundamento decorrente do respeito à dignidade da pessoa humana³⁷.

Petterle esclarece que a identidade genética está ressaltada no indivíduo, como “base biológica de sua identidade pessoal”, tanto assim, que a identidade genética do indivíduo “corresponde a genoma de cada ser humano individualmente considerado” Sob esta perspectiva, “a identidade genética é sinônimo de individualidade genética, permanecendo resguardadas, portanto, as diferenças de cada um”³⁸.

Neste sentido, Otero refere-se a uma “bidimensionalidade” da identidade pessoal: a absoluta ou individual – no sentido de que cada pessoa é única, insubstituível e irrepetível, “dotada de uma individualidade, [...] integrando o núcleo da respectiva dignidade o respeito pelo caráter único e diverso dos seus elementos genéticos”; bem como a relativa ou relacional – no qual cada pessoa tem a sua identidade definida “em função de uma memória familiar conferida pelos seus antepassados, [...] à historicidade pessoal”³⁹.

Portanto, a identidade genética diz respeito ao genoma de cada indivíduo, mas o direito de saber as informações genéticas está inserido no direito da sua identidade pessoal. Logo, “a identidade genética é um substrato fundamental da identidade pessoal, que, por sua vez, é a expressão da dignidade do ser humano”⁴⁰.

³⁶ WANSSA, Maria do Carmo Demasi. Inseminação artificial e anonimato do doador. *Rev. Bras. Saude Mater. Infant.*, Recife, v. 10, supl. 2, p. 5337-5345, dez. 2010. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292010000600011>. Acesso em: 05 mai.2016.

³⁷ VASCONCELOS, Camila et al. Direito ao conhecimento da origem biológica na reprodução humana assistida: reflexões bioéticas e jurídicas. *Revista. Bioética*. Brasília, v. 22, n. 3, p. 509-518, dez. 2014. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000300015&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 06 mai.2016.

³⁸ PETTERLE, Selma Rodrigues. O direito fundamental à identidade genética na Constituição Brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.25-26.

³⁹ OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade Pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999. P 64-66

⁴⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A identidade genética do ser humano. *Bioconstituição: Bioética e direito. Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v.32, p.88-92, jul./set. 2000. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*. v.2, p.107-112, ago.2011. Disponível em:< <http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad6007a0000015496017c8673a762f1&docguid=I4141e89of25311dfab6f010000000000&hitguid=I4141e89of25311dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=6&context=4&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 09 mai.2016.

Diniz entende que o direito ao acesso à identidade genética “não requer investigação de paternidade”, visto que busca a historicidade pessoal de seus parentes consanguíneos, “para desvendar [...] a saúde físico-psíquica”, razão pela qual, não gera o “direito de filiação nem o direito alimentar e tampouco sucessório”⁴¹

Lobo afirma que o direito à origem genética não tem nada a ver com o estado de filiação; e explica:

O direito ao conhecimento da origem genética não significa necessariamente direito à filiação. Sua natureza é de *direito da personalidade*, de que é titular cada ser humano. A origem genética apenas poderá interferir nas relações de família como meio de prova para se reconhecer judicialmente a paternidade ou a maternidade, ou para contestá-las, se não houver estado de filiação constituído, nunca para negá-lo⁴².

Observa-se que a Resolução 2.121/2015 do CFM, adotou em seus princípios gerais o consentimento informado, levando-se em consideração a segurança do anonimato - mesmo que não absoluta - do doador e dos receptores das técnicas de reprodução humana assistida⁴³.

O consentimento informado (CI), por sua vez, é imprescindível nos tratamentos de reprodução humana assistida, pois é formal e exigido de forma escrita e “deve ser interpretado como qualquer outro ato jurídico”: para ser válido, necessita de sujeito capaz e ter por conteúdo objeto lícito. Limitando-se a sua liberdade “por outros valores e direitos especiais, dentre os quais o direito à vida e a dignidade da pessoa humana”⁴⁴.

Esclarece-se, que o CI não se encontra expresso no ordenamento jurídico brasileiro, mas que em qualquer “alusão expressa ao termo [...], é certa a consagração da noção de que o paciente é livre para optar pela realização ou pela recusa a quaisquer tipos de tratamentos ou intervenções médicas”⁴⁵; portanto,

⁴¹ DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.p.695.

⁴² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma Distinção necessária. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.5. n.19, ago. /set. 2003.

⁴³ VASCONCELOS, Camila et al. Direito ao conhecimento da origem biológica na reprodução humana assistida: reflexões bioéticas e jurídicas. *Revista. Bioética*. Brasília, v. 22, n. 3, p. 509-518, dez. 2014. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000300015&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 09 mai.2016.

⁴⁴ CIOCCI, Deborah; BORGES JÚNIOR, Edson. Bioética e direito em reprodução humana assistida. In: BORGES JÚNIOR, Edson; CORTEZZI, Sylvia Sanches; FARAH, Leila Montenegro Silveira. *Reprodução Humana Assistida*. São Paulo: Atheneu, 2011, p. 284.

⁴⁵ GODINHO, Adriano Marteleto; LANZIOTTI, Livia Hallack; MORAIS, Bruno Salome de. Termo de consentimento informado: a visão dos advogados e tribunais. *Rev. Bras. Anestesiologia*. Campinas, v. 60, n. 2, p. 207-211, abr. 2010. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-70942010000200014>. Acesso em : 09 mai.2016.

o consentimento informado é uma regra essencial para a realização da doação de material genético, elaborada por uma norma deontológica, exclusiva aos médicos, ou seja, sem força de lei, que tem por objetivo manter o anonimato, encontrando-se entre os acordantes o sujeito doador e o casal receptor⁴⁶.

4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO MÉTODO NA SOLUÇÃO DE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Realizado o exame acerca de alguns princípios envolvidos no anonimato do doador e o direito do conhecimento do indivíduo gerado, verifica-se que há uma colisão de princípios; assim, de forma sucinta, aponta-se como solução desse conflito o princípio da proporcionalidade.

Para uma melhor compreensão da colisão de direitos fundamentais, há a necessidade de trazer-se a distinção que cerca os termos princípios e regras. Para Silva, no direito brasileiro, “princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema”, já as regras são definidas pela concretização desses princípios; por isso, caracterizam-se pela instrumentalidade e funcionalidade, de modo que não podem ser objeto de ponderação, pois são deveres definitivos, logo, quando houver colisão de duas regras, uma sempre será inválida⁴⁷.

No conflito de princípios não há que se indagar sobre a validade, pois o que há é um sopesamento, que deve ser resolvido na concreta situação, devendo sempre haver uma “relação de precedência”, permitindo, desta forma, a ponderação e a prevalência na aplicabilidade de um princípio de maior peso valorativo. Esta aplicabilidade é proposta por Alexy como “mandamentos de otimização”⁴⁸.

⁴⁶ VASCONCELOS, Camila et al. Direito ao conhecimento da origem biológica na reprodução humana assistida: reflexões bioéticas e jurídicas. *Revista. Bioética*. Brasília, v. 22, n. 3, p. 509-518, dez. 2014. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000300015&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 09 mai.2016

⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1. 2003, p.611-612

⁴⁸ SAES, Wandimara Pereira dos Santos. Colisão de direitos fundamentais: Princípio da dignidade humana como critério material de ponderação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v.76, p.115-138, jul/set 2011. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. v 7, p.707-729, ago. 2015. Disponível em:< <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad8181600000154aa933c456b8f2fef&docguid=lf5e99550418511e5b17b010000000000&hitguid=lf5e99550418511e5b17b010000000000&spos=1&epos=1&td=2056&context=4&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 13 mai.2016.

Assim, a solução para a colisão de direitos fundamentais, proposta por Alexy, encontra-se na regra da proporcionalidade, que é a “interpretação e aplicação de direitos fundamentais, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental [...] implica a restrição de outro direito fundamental”; logo, o seu objetivo é evitar a adoção desproporcional de medidas restritivas a liberdades e garantias⁴⁹.

Para Alexy, portanto, a ponderação é a forma de solução das colisões dos princípios da proporcionalidade, podendo essa ser denominada como “Lei da Ponderação”, determinando, assim, que, quanto maior for o grau de insatisfação ou de interferência em um princípio, maior deverá ser a importância da satisfação do outro princípio⁵⁰.

Para que a ponderação não passe de uma regra complexa, então, é necessária a utilização de “ferramentas metodológicas”, que permitam controlar e ponderar os raciocínios em relação às consequências fáticas. Para isso, surge a “máxima da proporcionalidade”, sendo aplicada através de três sub-regras: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito⁵¹.

Na adequação, verifica-se se o meio adotado é eficiente, idôneo e se possui a eficácia para alcançar o objetivo desejado.⁵² Portanto, somente será considerado adequado o princípio, se o seu conceito atingiu o preceito desejado.⁵³ Quanto ao critério da necessidade, delimita-se na escolha menos gravosa, ou seja, o Estado deverá optar pelo meio menos gravoso para o indivíduo, ou seja, o que cause menor restrição a um direito fundamental.⁵⁴ Com o exame da proporcionalidade em sentido estrito, busca-se ponderar a “[...] intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do

⁴⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*. 2002, p.24

⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015. p. 154.

⁵¹ COSTA, Alexandre Araujo. Máxima ou princípio da proporcionalidade. In: COSTA, Alexandre Araujo. *O Controle da Razoabilidade no Direito Comparado*. Brasília: Thesaurus, 2008. p.152-155.

⁵² SAES, Wandimara Pereira dos Santos. Colisão de direitos fundamentais: Princípio da dignidade humana como critério material de ponderação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v.76, p.115-138, jul/set 2011. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. v 7, p.707-729, ago. 2015. Disponível em: < <http://www.revistadostrubunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad818160000154aa933c456b8f2fef&docguid=lf5e99550418511e5b17b01000000000&hitguid=lf5e99550418511e5b17b01000000000&spos=1&epos=1&td=2056&context=4&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 13 mai.2016.

⁵³ COSTA, Alexandre Araujo. Máxima ou princípio da proporcionalidade. In: COSTA, Alexandre Araujo. *O Controle da Razoabilidade no Direito Comparado*. Brasília: Thesaurus, 2008. p.152-155.

⁵⁴ SAES, Wandimara Pereira dos Santos. Colisão de direitos fundamentais: Princípio da dignidade humana como critério material de ponderação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v.76, p.115-138, jul/set 2011. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. v 7, p.707-729, ago. 2015. Disponível em: < <http://www.revistadostrubunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad818160000154aa933c456b8f2fef&docguid=lf5e99550418511e5b17b01000000000&hitguid=lf5e99550418511e5b17b01000000000&spos=1&epos=1&td=2056&context=4&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 13 mai.2016.

direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”.⁵⁵ Para que uma medida seja considerada desproporcional, basta que ela não tenha peso suficiente ao justificar a restrição do direito fundamental atingido⁵⁶.

Por sua vez, na ponderação de direitos fundamentais colidentes, há de se usar o princípio da dignidade humana, sobre todas as normas interpretadas, elaboradas e aplicadas, devendo, assim, “prevalecer a norma que pese mais na concreção do princípio da dignidade”⁵⁷.

5 O DIREITO DO INDIVÍDUO AO CONHECIMENTO DE SUA ORIGEM GENÉTICA: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

O direito ao conhecimento da origem genética, já vem sendo trabalhado em decisões dos Tribunais Superiores Brasileiros. Aponta-se, entretanto que estas decisões não tratam de ações de declaração de origem genética resultantes da reprodução assistida heteróloga. Sem o intento de esgotar o aspecto jurisprudencial, evidenciamos aqui, as decisões prolatadas que reconhecem a efetividade da origem genética, baseada nos direitos de personalidade, como pertencente ao rol do princípio da dignidade humana.

O Recurso Extraordinário nº248869/SP, foi promovido por menor impúbere, representado por sua mãe, sob a assistência do Ministério Público, tendo na sua relatoria o Ministro Maurício Corrêa. O presente recurso foi promovido por menor impúbere, representado por sua mãe, sob a assistência do Ministério Público, tendo na sua relatoria o Ministro Maurício Corrêa. O voto do Ministro representou grande importância no conhecimento da origem biológica enquanto direito de personalidade, pois os fundamentos aqui utilizados serviram como paradigma para as decisões vindouras sobre a matéria.⁵⁸

⁵⁵ NEGRÃO, Roberta Pereira. Proporcionalidade uma clarificação do conceito. In: *Revista da AGU*. Brasília, ano 8, n. 22, out./dez. 2009, p.293-332. Disponível em: <file:///C:/Users/cris/Downloads/revista_da_agu_n22.pdf >. Acesso em: 15 mai.2016.

⁵⁶ TERRON, Letícia Lourenço Sangaletto. *Colisão de direitos fundamentais: direito à vida e direito à liberdade*. Centro Universitário de Toledo, Araçatuba, 2007. Dissertação de Mestrado (Mestre em Direito.), Programa de pós-graduação em Direito, p.70-72. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp039741.pdf >. Acesso em: 15 mai.2016.

⁵⁷ SAES, Wandimara Pereira dos Santos. *Colisão de direitos fundamentais: Princípio da dignidade humana como critério material de ponderação*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v.76, p.115-138, jul/set 2011. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. v 7, p.707-729, ago. 2015. Disponível em: < http://www.revistadostr ibunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad8181600000154aa933c456b8f2fef&docguid=lf5e99550418511e5b17b01000000000&hitguid=lf5e99550418511e5b17b01000000000&spos=1&epos=1&td=2056&context=4&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 15 mai.2016.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 248.869-SP*. Relator Ministro Maurício Corrêa. Data do Julgamento: 07 de agosto de 2003.

Inicialmente, o Ministro relator indica que, embora livre, o planejamento familiar, deve basear-se na dignidade humana e paternidade responsável, sendo dever do Estado da sociedade e da família, “assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à dignidade, o respeito e a convivência familiar”. Fundamenta que o direito ao nome está inserido no conceito da dignidade da pessoa humana e que este, por sua vez, define a identidade, a historicidade e o reconhecimento familiar, afirmando que o “patronímico” não compete apenas ao pai, mas, sim, a toda entidade familiar, possuindo natureza indisponível. Trata-se, então, “da própria identidade biológica e pessoal – uma das expressões concretas do direito à verdade pessoal”⁵⁹.

Utiliza-se do art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, para explicar que a investigação de paternidade é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, apontando que este direito está protegido pelo Estado; e relembra que, embora esse direito seja de uma natureza pessoal, imediatiza a estabilidade das relações sociais e define-se também como uma questão de ordem pública. Aduz que o direito individual indisponível é aquele definido pela sociedade, através de seus representantes, como um direito essencial à paz social, momento em que se afasta a sua natureza primária marcadamente pessoal. A partir dessa etapa, o titular desse direito não mais dele pode dispor, uma vez que, agora, a proteção recai sobre o bem comum maior, em razão da utilidade universal da comunidade. Portanto, está fora de qualquer dúvida “que o direito ao reconhecimento da paternidade tem conteúdo indisponível, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria”⁶⁰.

Por outro lado, quanto ao direito à intimidade, cita o relator que este não pode consagrar a “irresponsabilidade paterna, de forma a inviabilizar a imposição ao pai biológico dos deveres resultantes de uma conduta volitiva e passível de gerar vínculos familiares”. De qualquer forma, o direito à intimidade encontra “limite no direito da criança e do Estado em ver reconhecida, se for o caso, a paternidade”⁶¹.

O debate em questão, que trata dos direitos decorrentes da filiação, está ligado a temas como a dignidade e respeito à criança e proteção à entidade familiar, bens amparados pela Constituição como deveres do Estado e obrigações de toda sociedade⁶².

Outro caso julgado no Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, proveniente de acórdão oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, resultante de uma ação de investigação de paternidade e o acréscimo do nome do seu pai biológico. O voto da ministra Nancy

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 248.869-SP**. Relator Ministro Maurício Corrêa. Data do Julgamento: 07 de agosto de 2003.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 248.869-SP**. Relator Ministro Maurício Corrêa. Data do Julgamento: 07 de agosto de 2003.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 248.869-SP**. Relator Ministro Maurício Corrêa. Data do Julgamento: 07 de agosto de 2003.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 248.869-SP**. Relator Ministro Maurício Corrêa. Data do Julgamento: 07 de agosto de 2003.

Andrighi, reconheceu a importância da busca pela ancestralidade no direito ao conhecimento das origens genéticas.⁶³ O Recurso Especial refere-se a uma situação na qual o autor/recorrido durante uma grande parte de sua vida foi apresentado como filho de seu pai socioafetivo. Logo após o falecimento do pai socioafetivo, o autor/recorrido soube, por intermédio de uma tia, que poderia não ser filho biológico deste pai, motivo esse a propositura da referida ação em face ao seu possível pai biológico. Restando-se comprovado esta por meio de exame de DNA.⁶⁴

O voto da referida relatora Nancy Andrighi, é relevante, uma vez que aborda a questão da não interferência da paternidade biológica frente à paternidade socioafetiva; e aduz que as relações de parentesco podem ser classificadas como naturais da consanguinidade, ou civis, de outra origem, dentre as quais: provenientes das técnicas de reprodução assistida na forma heteróloga, e da maternidade/paternidade socioafetiva decorrente da “relação jurídica de afeto [...] sem nenhum vínculo biológico”, em que os pais, por escolha própria, criam as crianças, não havendo entre eles nenhuma ligação senão amor carinho e cuidado.⁶⁵

Menciona que a doutrina e a jurisprudência levam em consideração a paternidade/maternidade socioafetiva em detrimento da verdade genética, representando, portanto, uma quebra de paradigma, motivada pelo fato de que a paternidade está muito mais ligada à convivência familiar do que ao vínculo biológico.⁶⁶

Destaca, por fim, que a personalidade humana é um elemento fundamental na formação da identidade do indivíduo, logo, permitir a desconstituição da filiação socioafetiva em relação ao reconhecimento da origem biológica “teria o condão de extirpar da criança (ainda que já se encontre na fase adulta)”, tudo que lhe foi construído ao longo de sua vida.⁶⁷

Constata, ainda, que o estado de filiação é fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual é personalíssimo, indispensável e imprescritível, logo a investigação de paternidade é cabível inclusive contra os herdeiros do pai biológico, mesmo que exista relação socioafetiva com o pai registrário.⁶⁸

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1401719-MG**. Relator Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 08 de outubro de 2013..

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1401719-MG**. Relator Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 08 de outubro de 2013.

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1401719-MG**. Relator Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 08 de outubro de 2013..

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1401719-MG**. Relator Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 08 de outubro de 2013. .

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1401719-MG**. Relator Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 08 de outubro de 2013.

⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1401719-MG**. Relator Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 08 de outubro de 2013.

Diante das análises jurisprudenciais aqui demonstradas, entende-se que os Tribunais Superiores vêm reconhecendo que o direito à intimidade não pode prevalecer diante do direito à identidade, ainda que haja, na sociedade atual, uma predisposição a resguardar o sigilo do doador. O direito ao conhecimento da origem genética se sobrepõe justamente por envolver elementos essenciais à formação de uma identidade pessoal da qual todo o indivíduo é titular. Dessa forma estabelece-se a primazia do direito à origem genética, uma vez que faz parte do direito da personalidade do indivíduo, estando constitucionalmente protegido pela dignidade da pessoa humana, ainda que exista no Registro Civil o nome do pai socioafetivo.

Em conformidade com as jurisprudências trabalhadas, ressalta-se que temos tramitando hoje no Congresso Federal o Projeto de Lei nº 115/2015 conforme anexo B, que traz - nas suas Disposições Gerais no Capítulo IV art. 19, Da Tutela Civil nos Capítulo III art.47 e Capítulo IV art.50 - importantes questões a respeito do reconhecimento da paternidade biológica e seus efeitos no âmbito das relações civis e sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo estudo que se realizou, são evidentes as diversas problemáticas decorrentes das técnicas de reprodução assistida na forma heteróloga, principalmente, porque o direito é incapaz de acompanhar o ritmo com que se inova a biotecnologia. Dessa forma, sobre os indivíduos gerados por este tipo de inseminação, recai a dúvida da filiação, que, ao enfrentar omissão na legislação brasileira, encontra resposta na presunção "*pater-is-est*", ou seja, será pai quem se auto-intitular como, confirmando que a verdade jurídica nem sempre corresponde à biológica.

A questão da filiação, todavia, é apenas um dos inúmeros indicativos de que é necessário disciplinar a matéria da reprodução humana assistida, já que a sua utilização, sem amparo legal, traz indagações bioéticas e jurídicas acerca do conhecimento da origem biológica, da presunção de filiação e da possibilidade de violação das liberdades e garantias dos direitos fundamentais inerentes à existência do indivíduo.

Portanto, diante de tantas questões polêmicas relacionadas aos avanços tecnológicos, nos diversos campos que a bioética envolve, fica a difícil solução quanto à preocupação de não cercear o progresso científico, mas a fazer-se com que ele observe a dignidade humana como um valor maior, bem como a necessidade de elaboração de normas que disciplinem específica e adequadamente a matéria.

No que tange à dignidade da pessoa humana, por sua vez, essencial destacar que ela não se esgota em uma conceituação, ao contrário, ela está em constante transformação, desde o seu ponto de partida, no Iluminismo, por Immanuel Kant, mostrando o sujeito reconhecido como centro da dignidade e não como coisa em relação com objeto. Tendo o século XX sido marcado por horrores cometidos durante a Segunda Guerra, gerando uma preocupação mundial, no

sentindo de impor limites às atrocidades cometidas. Representa-se, assim, o valor absoluto de cada ser humano, independentemente de sua situação social, econômica, política, mental, física ou religiosa, devendo o Estado exercer a sua promoção - proporcionando condições básicas à sua proteção - coibindo a violação dos direitos fundamentais. É a sua condição como tal que gera o devido respeito de todos para com todos.

A fragilidade do sistema jurídico brasileiro é legitimada ao ser feita a análise jurisprudencial, em que se trata da quebra do sigilo do doador de material genético frente à interposição do indivíduo gerado de conhecer a sua historicidade biológica. De modo a dirimir este embate principiológico entre direitos fundamentais (o princípio da personalidade e o da intimidade), aplica-se, então, a regra da proporcionalidade de Alexy, que leva ao reconhecimento do direito à identidade sobre o direito a intimidade, ainda que haja na sociedade atual uma predisposição a resguardar o sigilo do doador. Assim, estabelece-se a primazia do direito à origem genética, uma vez que faz parte do direito da personalidade do indivíduo, bem como da consolidação de sua dignidade como pessoa humana, ainda que conste no Registro Civil o nome do pai socioafetivo.

Destarte, constata-se que o problema de pesquisa, qual seja se o indivíduo fruto de inseminação artificial heteróloga tem direito à quebra do sigilo do doador, com o objetivo de ter reconhecida sua origem genética, foi respondido. No entanto, observa-se que o tema abordado não foi esgotado e tampouco é pacífico, uma vez que, frente à omissão legislativa, o judiciário encontra amparo apenas na analogia, na regra da proporcionalidade e em resoluções do Conselho Federal de Medicina, que, apesar de serem balizas éticas destinadas apenas à comunidade médica, têm de ser aplicadas, na ausência de manifestação legal, dentro do âmbito jurídico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “Dignidade” da Pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A identidade genética do ser humano. Bioconstituição: Bioética e direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v.32, p.88-92, jul./set. 2000. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. v.2, p.107-112, ago.2011.

BARROSO, Luís Roberto; **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado. Dez. 2010.

BARROSO, Luiz Roberto; MELLO, Humberto Laport. “Aqui, Lá e em Todo Lugar”: A Dignidade Humana no Direito Contemporâneo e no Discurso Transacional. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional** v. 8, Ago. 2015, p. 33 - 95

BERTONCINI, Carla; COSTA, Cleusa. Técnicas de Reprodução Humana e o Direito de Família. In: ALONSO, Ricardo Pinha; KAZMIERCZAK, Luis Fernando. (Orgs.) **Estudos Contemporâneos de Bioética e Biodireito**, São Paulo: Letras Jurídicas, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 248.869-SP. Relator Ministro Maurício Corrêa. Data do Julgamento: 07 de agosto de 2003. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=257829>>. Acesso em: 19 mai. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1401719-MG. Relator Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 08 de outubro de 2013. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&data=%40DTDE+%3E%3D+20131008+e+%40DTDE+%3C%3D+20131008&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=15>>. Acesso em: 27 mai.2016.

BRAUNER, Maria Claudia Cresppo. **Direito, sexualidade e reprodução humana**: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar 2003.

CAVALCANTE, Lara Capelo. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento da produção da existência em todas as suas formas**. 2007. 115f. Tese (Mestrado em Direito). Programa de pós-graduação em Direito Constitucional. Fundação Edson Queiroz, Universidade de Fortaleza - Unifor, Fortaleza, 2007, p.72.

CIOCCI, Deborah; BORGES JÚNIOR, Edson. Bioética e direito em reprodução humana assistida. In: BORGES JÚNIOR, Edson; CORTEZZI, Sylvia Sanches; FARAH, Leila Montenegro Silveira. *Reprodução Humana Assistida*. São Paulo: Atheneu, 2011.

Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.121/2015**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2016.

COSTA, Alexandre Araujo. Máxima ou princípio da proporcionalidade. In: COSTA, Alexandre Araujo. **O Controle da Razoabilidade no Direito Comparado**. Brasília: Thesaurus, 2008. p.152-155

DALVI, Luciano. A Reprodução Assistida In: DALVI, Luciano. **Curso Avançado de Biodireito: doutrina, legislação e jurisprudência**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais: O Estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 803.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A Reprodução Assistida Heteróloga Sob A Ótica Do Novo Código. **Revista dos Tribunais** v. 817/2003, nov.2003, p.11-34 **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**. v.1, ago 2011 p.1261-1293.

GODINHO, Adriano Marteleto; LANZIOTTI, Livia Hallack; MORAIS, Bruno Salome de. Termo de consentimento informado: a visão dos advogados e tribunais. **Rev. Bras. Anestesiologia**. Campinas, v. 60, n. 2, p. 207-211, abr. 2010.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Questões Jurídicas em Torno da Inseminação Artificial – Intervenção em painel sobre o tema, promovido pela Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro **Revista dos Tribunais**, v.678, abr.1992 p.268-274.

GONÇALVES, Andrey Felipe Lacerda; BERTOTTI, Monique; MUNIZ, Veyzon Campos. O direito fundamental à privacidade e à intimidade no cenário brasileiro na perspectiva de um direito à proteção de dados pessoais. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* v.8, p. 597 – 614, ago. 2015.

HAMMERSCHMIDT, Denise; OLIVEIRA José Sebastião de. Direito á intimidade genética: um contributo ao estudo dos direitos da personalidade. In: **Revista Jurídica Cesumar Mestrado**. v.6 n.1 p.421-455, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma Distinção necessária. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.5. n.19, ago. /set. 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Revista de Direito Privado**, v.3, p.35-41, jul/set 2000.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev. atual. ampla. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.533.

MOÁS, Luciane da Costa; CORREA, Marilena Cordeiro D. Villela. Filiação e tecnologia de reprodução assistida: entre medicina e direito. v.20, n.2, 2010, p.591-607 .

MOURA Cláudia Bellotti; OLTRAMARI Vitor Hugo. A quebra da coisa julgada na investigação de paternidade: uma questão de dignidade. **Revista de Direito Privado**, v.21 p. 49 - 68 jan-mar 2005. *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões*, v. 4 p. 569 - 591 ago. 2011.

NEGRÃO, Roberta Pereira. Proporcionalidade uma clarificação do conceito. In: **Revista da AGU**. Brasília, ano 8, n. 22, out./dez. 2009, p.293-332.

OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade Pessoal e genética do ser humano**: um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999.

PEREIRA, Adriana Patrícia Campos. **O princípio do anonimato na reprodução assistida à luz do direito à identidade** – a possibilidade de conhecer a origem biológica sem desconstituir a filiação afetiva. Brasil: 1988 – 2006. 121f. Dissertação de (Mestrado em Relações Privadas e Constituição). Centro Universitário Fluminense – Uniflu, Faculdade de Direito de Campos – FDC, 2006, p.84-85.

PEREIRA, Damião Teixeira. **Dignidade Da Pessoa Humana: Evolução Da Concepção De Dignidade E Sua Afirmação Como Princípio Fundamental Da Constituição Federal De 1988**. 2006. 168f. Tese(Mestrado em Direito). Programa de pós-graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006, p. 44.

PEREIRA, Sergio Gischkow. **Filiação Biológica e Socioafetiva**. In: PEREIRA, Sergio Gischkow. Direito de Família: Aspectos do Casamento, sua eficácia, Separação, Divórcio, Parentesco, Filiação, Regime de Bens, Alimentos, Bem de Família, União Estável, Tutela e Curatela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.78-87.

PERTTELE, Selma Rodrigues; **O Direito fundamental à identidade genética na Constituição Brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 82

PORTO, Mário Moacyr. Ações de investigação de paternidade ilegítima e petição de herança - estudo de direito comparado. **Revista dos Tribunais**, v. 645, p.7 – 12, jul. 1989. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**, v. 4, p. 263 – 271, ago. 2011.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Manual de biodireito. 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.55.

SAES,Wandimara Pereira dos Santos. Colisão de direitos fundamentais: Princípio da dignidade humana como critério material de ponderação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v.76, p.115-138, jul/set 2011. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. v 7, p.707-729, ago. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.p.73-74.

SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro”**: Da bioética ao biodireito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p.63-64.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais** 1. 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**. 2002.

TERRON, Letícia Lourenço Sangaletto. **Colisão de direitos fundamentais: direito à vida e direito à liberdade**. Centro Universitário de Toledo, Araçatuba, 2007. Dissertação de Mestrado (Mestre em Direito.), Programa de pós-graduação em Direito, p.70-72.

VASCONCELOS, Camila et al. Direito ao conhecimento da origem biológica na reprodução humana assistida: reflexões bioéticas e jurídicas. **Rev. Bioética**, Brasília, v. 22, n. 3, p. 509-518, dez. 2014.

WANSSA, Maria do Carmo Demasi. Inseminação artificial e anonimato do doador. **Rev. Bras. Saude Mater. Infant.**, Recife, v. 10, supl. 2, p. s337-s345, dez 2010.

colisões entre direitos fundamentais e a ponderação à brasileira: da equivocada recepção da teoria de robert alexey na jurisprudência do supremo tribunal federal

Dennie Lucas Dessimon

Bacharel em Direito pela Universidade Feevale.
E-mail: deni.dessimon@msn.com

Igor Raatz

Pós-doutorando, Douro e Mestre em Direito (UNISINOS). Especialista em Direito Processual Civil (ABDPC). Professor em cursos de pós-graduação e graduação. Professor no curso de graduação da Universidade FEEVALE. Advogado. E-mail: igorraatz@gmail.com

INTRODUÇÃO

As normas de direitos fundamentais são a expressão máxima dos desígnios uma Constituição. O conteúdo que elas reproduzem possui altíssima relevância nas relações entre cidadãos e nas relações entre cidadão e Estado, mas é possível que esse conteúdo sofra restrições, conquanto sejam respeitadas algumas balizas limitadoras. Tendo isso em conta, já é possível imaginar as diversas situações em que as restrições ao conteúdo dos direitos fundamentais acabam ultrapassando os limites possíveis e conduzindo a resultados inconciliáveis com outros direitos fundamentais. Já é possível imaginar, também, que muitas dessas colisões entre direitos fundamentais acabam sendo conduzidas à apreciação dos órgãos judiciários, especialmente do Supremo Tribunal Federal.

Diante do quadro narrado, os ministros do Supremo Tribunal Federal recorrem constantemente às lições propostas por Robert Alexy, em sua “Teoria dos direitos fundamentais”, para guiar e fundamentar as suas decisões. No entanto, o modo como aplicam o método da ponderação pode representar o ponto central de uma equivocada recepção. A partir das delimitações apresentadas, o presente artigo possui o objetivo geral, justamente, de problematizar a recepção da teoria de Robert Alexy na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Em busca de aproximar-se do objetivo pretendido, o desenvolvimento textual contará com dois pontos. O primeiro ponto será uma reprodução da teoria desenvolvida por Robert Alexy, de forma mais cuidadosa em relação às considerações acerca da distinção entre regras e princípios, das colisões entre princípios e da ponderação como método de solução das colisões entre direitos fundamentais. O segundo ponto, enfim, contará com a problematização da recepção da teoria de Robert Alexy na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, oportunidade em que se questionará o modo como a ponderação é, por aqui, aplicada. Para tanto, será feita a análise de alguns trechos de julgados e exposta a crítica, em especial de Lenio Streck, sobre o tema.

Centrado nos desacertos da importação da teoria de Robert Alexy no Supremo Tribunal Federal, o presente estudo é justificado social e juridicamente: em primeiro lugar, por tratar, a um só tempo, da atuação do órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro e de uma das construções normativas mais bem aceitas na atualidade; em segundo lugar, por relacioná-los, em meio ao cenário das colisões entre direitos fundamentais, e procurar responder se a forma de aplicação do método da ponderação, de Robert Alexy, pelo Supremo Tribunal Federal, representa o ponto principal desses desacertos. No plano acadêmico, o estudo é justificado pela presença de críticas tímidas e esparsas sobre o tema. Uma crítica realmente contundente e desafiadora é desenvolvida somente por Lenio Streck.

1 A PONDERAÇÃO NA TEORIA DE ROBERT ALEXY

Ao longo das últimas décadas, as diversas insuficiências apontadas em relação à aplicação pura do direito positivo levaram os expoentes do pensamento pós-positivista a difundirem a ideia de que existe um espaço no direito positivo que está aberto à interpretações. Esse “âmbito de abertura” do direito positivo pode ser mais ou menos amplo, mas está presente em todos os sistemas jurídicos.¹ Ademais, importa aqui referir que seu reconhecimento provocou e impulsionou a ideia dos princípios constituírem uma categoria autônoma de normas jurídicas e contrária à categoria composta pelas regras. Essa mudança de paradigma recebeu decisivas contribuições a partir das concepções de Ronald Dworkin e aos desenvolvimentos a elas conferidos por Robert Alexy.²

Consoante a teoria estrutural dos direitos fundamentais, proposta por Robert Alexy, regras e princípios são reunidos sob o conceito de norma. Ambos são normas em virtude de expressarem o que deve ser e posicionarem-se em um plano deontológico, seja por efeito de um mandamento, de uma permissão ou de uma proibição. Assim, portanto, podem existir regras de direitos fundamentais e princípios de direitos fundamentais e a distinção entre os dois conceitos é uma distinção entre duas espécies do gênero norma.³

¹ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 85. Ainda que essa noção tenha se propagado, como destacado, a partir do pensamento pós-positivista, conclusões preliminares já vinham sendo esboçadas, no seio da própria doutrina positivista. Veja-se, a exemplo, HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 137-149. Ao examinar a estrutura das “regras”, o autor afirma que o direito positivo possui uma “textura aberta”, que se dá pela indefinição ou, até mesmo, pela falta da previsão legal que sustente determinada situação concreta. Caberia ao aplicador do direito resolvê-la por meio de sua discricionariedade. Isso denota que a superação do positivismo exegético, que fundamenta a ideia de um juiz que está proibido de interpretar não significa propriamente uma superação do próprio positivismo, no qual a grande questão é a discricionariedade judicial. O contrário, portanto, daquilo que (ainda) é senso comum.

² Há quem afirme que Robert Alexy, com Ronald Dworkin, em essência, não diverge. Nesse sentido, BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 277; SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 46; dentre outros. A referência a Ronald Dworkin, no entanto, merece cautela. Embora sejam encontradas afirmações de que os dois posicionamentos são muito similares, olhados de perto, e com a devida atenção às diferenças estruturais que os caracterizam, eles parecem reunir dessemelhanças graves. Robert Alexy e Ronald Dworkin operam com diferentes conceitos acerca de norma e de princípio. Para o primeiro, norma é um gênero que comporta, como espécies, regras e princípios. Para o segundo, o conceito de norma é correspondente ao conceito de regra e, por conseguinte, o conteúdo deontico dos princípios são atribuídos concretamente na atividade interpretativa. Para maior aprofundamento, veja-se OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta: aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica**. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007, p. 164-183. A respeito, ver, ainda, STRECK, Lenio. PEDRON, Flávio Quinaud. O que ainda podemos aprender com a literatura sobre os princípios jurídicos e suas condições de aplicação. **Revista de Processo**. v. 258, Agosto de 2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 87.

Existem diversos critérios propostos a satisfazer a distinção ora estabelecida. Dentre eles, talvez o mais utilizado seja o da generalidade, conforme o qual, as regras são menos gerais e, conseqüentemente, incidem apenas sobre as situações específicas as quais se dirigem, ao passo que os princípios, mais gerais, são normas que incidem sobre um número indeterminado de pessoas e sobre um número indeterminado de situações.⁴ Ao dedicar-se acerca da distinção entre as duas categorias de normas, Robert Alexy defende a tese de que entre regras e princípios não impera somente uma distinção gradual, mas, principalmente, uma distinção qualitativa.⁵

No dizer de Robert Alexy, o ponto determinante desse critério reside no fato de que:

[...] *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.⁶

[...] *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.⁷

Em suma, regras são normas que exigem, permitem ou proíbem que algo seja realizado da forma prescrita. Isso quer dizer que são aplicadas pela “subsunção”: se os pressupostos fáticos delimitados por seu conteúdo forem atendidos, as conseqüências jurídicas devem ser aceitas; se os mesmos pressupostos

⁴ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. v. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47313/45714>>. Acesso em: 02 jun. 2016; e BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*. v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf>. Acesso em: 11 maio 2016.

⁵ ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Tradução de Manuel Atienza. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n. 5, p. 139-151, 1988. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/n-5---1988/dcd8fe6e-2dc6-11e2-b417-000475f5bda5.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2016. Veja-se, também, ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 86-90. Neste particular, o autor aprofunda a tese de que a distinção entre regras e princípios é, sobretudo, qualitativa e, para tanto, afasta outras duas teses. Uma delas nega a necessidade da separação entre regras e princípios e a outra, ainda que acolha a distinção, classifica-a apenas como gradual. De forma sucinta, veja-se BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 277-278.

⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 91.

⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90.

não forem atendidos, nenhuma consequência jurídica é gerada. Desse modo, regras contêm “mandamentos definitivos”.⁸ Por outro lado, princípios são normas impositivas de otimização e que, com base nos contornos fáticos e nos princípios e regras colidentes, exigem que algo seja realizado na maior medida possível. Em decorrência da medida exigida de sua realização depender de condicionalismos, os princípios contêm “mandamentos de otimização” com caráter “prima facie”.⁹

A distinção entre regras e princípios alcança maior visibilidade, de acordo com Robert Alexy, quando se está diante dos casos de conflitos entre regras e de colisões entre princípios. Ambos os casos decorrem de resultados inconciliáveis entre duas normas, se aplicadas isoladamente, ou seja, de dois juízos concretos contraditórios. A forma como estes e aqueles são solucionados, no entanto, distingue-se nitidamente.¹⁰

Um conflito entre regras pode ser solucionado mediante a introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras envolvidas, de modo a eliminar a antinomia, ou mediante a decretação de invalidade de pelo menos uma das regras envolvidas, caso aquele tipo de solução não seja possível. Sendo necessária a invalidação de uma delas, é possível adotar o critério da anterioridade, o critério da especialidade ou proceder conforme a importância de cada regra conflitante.¹¹ Uma colisão entre princípios deve ser solucionada de forma inteiramente distinta, no entanto. Em determinadas circunstâncias, um deles adquire precedência em face do outro. Em outras, pode se resolver de forma oposta. A questão da precedência está a depender do peso de cada princípio colidente na situação concreta, ocasião em que o princípio com o maior peso deve preponderar.¹²

Ao descrever a estrutura dessa solução, Robert Alexy formula a “lei de colisão”. Para que, aqui, ela seja reproduzida, imagina-se a situação na qual identificam-se os princípios P_1 e P_2 . Se isoladamente considerados, P_1 e P_2 conduzem a uma contradição, isto é, um deles restringe as possibilidades jurídicas de

⁸ Contudo, se uma cláusula de exceção é estabelecida em uma regra quando da decisão de um conflito, a regra perde, para essa decisão, o seu caráter definitivo. Veja-se ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 104.

⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 103-104. Na doutrina brasileira, veja-se ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 108-110; e SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. v. 1, p. 607-630, 2003. Disponível em: <http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2016.

¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 91-92.

¹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 92-93. O autor traz, como exemplo, dispositivo da Constituição alemã que prioriza o direito federal relativamente ao direito estadual.

¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 93-94.

realização do outro. Essa situação não pode ser solucionada mediante a declaração de invalidade de um dos princípios, nem, tampouco, mediante a introdução de uma cláusula de exceção a um deles. A solução para essa colisão, na verdade, consiste no estabelecimento de uma relação de precedência entre eles, diante de determinadas condições. Caso P_1 prevaleça, vale o enunciado ($P_1 P P_2$) C. Caso P_2 prevaleça, então vale o enunciado ($P_2 P P_1$) C.¹³

Como visto, entre duas regras conflitantes, se não for possível o estabelecimento de uma exceção, uma delas não pode ser considerada válida. Já entre dois princípios colidentes, um deve ceder ao outro, sem que o princípio preterido seja declarado inválido e que, nele, seja introduzida uma cláusula de exceção. Apenas se estabelece uma relação de precedência, conforme o peso de cada um à luz do caso concreto. Nessa perspectiva, infere-se a necessidade de um juízo na dimensão da validade, para o caso dos conflitos entre regras, e um juízo na dimensão do peso, como resposta às colisões entre princípios.¹⁴ Isso torna os princípios suscetíveis e carentes de ponderação.¹⁵

Robert Alexy reporta-se aos princípios e às ponderações como sendo dois lados do mesmo objeto, um do tipo teórico-normativo, enquanto o outro do tipo metodológico. A realização de ponderações no âmbito jurídico, segundo seu ponto de vista, leva à dedução de que as normas envolvidas tenham a estrutura de princípios, e a classificação de normas como princípios leva ao caminho das ponderações.¹⁶

Trata-se, portanto, do método característico para a solução de colisões entre direitos fundamentais com estrutura de princípios, uma vez que possibilita transmitir resultados acerca da extensão de aplicação possível de cada direito, respeitando-se as possibilidades jurídicas existentes.¹⁷ Esses resultados podem atribuir uma restrição em maior ou em menor medida de um princípio em face do outro. Esses resultados podem levar, inclusive, ao afastamento total de um princípio em face do outro. Todavia, a medida exigida de realização de um princípio em colisão, após o método da ponderação, apenas será equivalente ao grau

¹³ Como já se pôde perceber, P_1 e P_2 são os princípios envolvidos. Utiliza-se P para identificar a relação de precedência e C para identificar as condições sob as quais se dá a relação de precedência. Utiliza-se, aqui, os mesmos fatores adotados por ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 94-97.

¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 94. Sobre o conceito da dimensão do peso, veja-se DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42-43.

¹⁵ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 85.

¹⁶ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**. v. 217, p. 67-79, jul./set. 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>>. Acesso em: 12 maio 2016.

¹⁷ BARCELLOS. Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 23-25.

zero se houver razões suficientes para restringi-lo nessa intensidade e, também, para satisfazer o princípio com o qual colide.¹⁸

Na colisão entre os princípios P_1 e P_2 , imagina-se que há razões suficientes para que P_1 prevaleça em relação a P_2 , naquelas condições. Sendo assim, a ponderação consiste na alusão às condições de precedência e, principalmente, na fundamentação da tese de que, sob elas, o princípio P_1 prevalece sobre o princípio P_2 . Como resposta apta a solucionar a situação proposta, a ponderação fornece, nos termos da lei de colisão, o enunciado $(P_1 P P_2) C$.¹⁹

Vale dizer, ainda, que todo enunciado que versa sobre uma relação condicionada de precedência, ao fim e ao cabo, deve ser identificado como uma regra jurídica. Isso porque a aplicação da ponderação resulta em uma norma de direito fundamental atribuída que, fruto da resolução dessa colisão, será uma regra, a ser posteriormente subsumida ao caso concreto. As condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro constituem o suporte fático dessa regra, que, então, prescreve a consequência jurídica atrelada ao princípio que tem precedência. Tendo como base o enunciado $(P_1 P P_2) C$, se do princípio P_1 , a partir daquelas condições, decorre a consequência jurídica R , então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica. Assim, $C \rightarrow R$.²⁰ As condições determinadas pelo suporte fático dessa regra conferem a inexistência de relações absolutas de precedência e, por conseguinte, refletem a definição dos princípios como mandamentos de otimização, a serem realizados em diferentes graus, conforme as condições oferecidas pelo caso concreto.²¹

Para que se possa chegar a esses enunciados, não basta mera alusão genérica à ponderação. É preciso respeitar parâmetros metodológicos capazes de atestar e controlar a racionalidade dos resultados encontrados. Somente assim que se pode cogitar que o método de ponderação é racional e seguramente adequado ao propor soluções para as colisões entre direitos fundamentais com estrutura de princípios. É este o espaço para a denominada "máxima da

¹⁸ Nesse sentido, ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 131.

¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 97-99. Cabe destacar que, sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma oposta e, consequentemente, o enunciado será formulado de modo diverso. Com o intuito de ilustrar tal situação, vale-se da identificação das condições C_1 e das condições C_2 para formular enunciados com diferentes relações de precedência. Diante do exposto, é possível que $(P_1 P P_2) C_1$ e $(P_2 P P_1) C_2$. Reitera-se que qualquer relação de precedência só pode ser formulada se houver razões suficientes para tal.

²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 98-99.

²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 99.

proporcionalidade” e para a argumentação jurídica. A máxima da proporcionalidade é uma estrutura formal de otimização de princípios na qual percorre e se desdobra a argumentação jurídica.²²

A máxima da proporcionalidade, conforme elucidada por Robert Alexy, está diretamente relacionada à natureza dos direitos fundamentais como princípios, e vice-versa. Afirmar que a máxima da proporcionalidade está diretamente relacionada à natureza dos direitos fundamentais como princípios significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização, em face das possibilidades fáticas e jurídicas. As máximas da adequação e da necessidade decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas. Já a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas.²³ Se a otimização em face das possibilidades jurídicas requer uma ponderação, pode-se dizer que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito identifica-se também com a ponderação.²⁴

Para que a máxima da proporcionalidade possa ser melhor compreendida, imagina-se uma situação caracterizada pela existência de dois sujeitos de direito, um o Estado, outro o cidadão, e dois princípios. O Estado fundamenta a persecução de determinado objetivo, tendo como base o princípio P_1 . Se a medida M_1 não é capaz de fomentar ou, até mesmo, realizar esse objetivo, P_1 não exige a escolha de M_1 . Em tais condições, se a medida M_1 afeta de alguma maneira a realização da norma de direito fundamental com a estrutura de princípio P_2 , da qual o cidadão é titular, então, P_2 proíbe a escolha de M_1 . Por isso, tendo em conta a otimização dos princípios em relação às possibilidades fáticas, especialmente decorrente do exame da máxima parcial da adequação, a medida M_1 é proibida.²⁵

²² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 54, p. 76-107, jan./mar. 2006. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, v. 1, p. 979-1014, ago. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/document?&src=rl&sruid=ioad8181500000154a26a8762028bb8e5&docguid=l7314f720f25511dfab6f01000000000&hitguid=l7314f720f25511dfab6f01000000000&spos=2&epos=2&td=100&context=4&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 11 maio 2016.

²³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 116-118.

²⁴ É o que parece indicar ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*. v. 217, p. 67-79, jul./set. 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>>. Acesso em: 12 maio 2016.

²⁵ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. *Revista de Direito Privado*, v. 24, p. 334-344, out./dez. 2005. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, v. 1, p. 721-732, maio 2011. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, v. 1, p. 915-928, ago. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/document?&src=rl&sruid=ioad6007a0000015512f3a7354113dbfa&docguid=lfb48cfdof25111dfab6f010000000000&hitguid=lfb48cfdof25111dfab6f010000000000&spos=5&epos=5&td=100&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 02 jun. 2016.

Agora, se tanto a medida M_1 quanto a medida M_2 são igualmente adequadas para fomentar ou realizar esse objetivo, P_1 não exige a escolha de M_1 ao invés de M_2 , nem a escolha de M_2 ao invés de M_1 . Para P_1 , a escolha de uma ou outra medida é indiferente. No entanto, a medida M_2 afeta menos intensamente que a medida M_1 a realização exigida pela norma de direito fundamental P_2 . Na qualidade de princípio, P_2 exige uma otimização relativamente às possibilidades fáticas e às possibilidades jurídicas. No que diz respeito às possibilidades fáticas, a escolha de M_2 ao invés de M_1 possibilita a realização em maior medida de P_2 . Por isso, tendo em conta a otimização dos princípios em relação às possibilidades fáticas, especialmente decorrente do exame da máxima parcial da necessidade, a medida M_1 é proibida e a medida M_2 é permitida.²⁶

Mesmo que a medida M_2 seja adequada e necessária para promover o objetivo requerido pelo princípio P_1 , isso não significa, por si só, que ela deva ser considerada proporcional. Caso até o meio menos gravoso afete, de alguma forma, a realização da norma de direito fundamental P_2 , exige-se a otimização dos princípios também em relação às possibilidades jurídicas. Portanto, ao exame da necessidade deve se seguir o exame da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a exigência de ponderação entre os princípios envolvidos.²⁷

Nessa etapa, as razões que fundamentam uma medida restritiva a um direito fundamental com caráter de princípio devem ter peso suficiente para justificá-la²⁸, pois, conforme a “lei de ponderação”, assim denominada por Robert Alexy, “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”.²⁹ Partindo desse pressuposto, uma medida considerada desproporcional em sentido

²⁶ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. *Revista de Direito Privado*, v. 24, p. 334-344, out./dez. 2005. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, v. 1, p. 721-732, maio 2011. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, v. 1, p. 915-928, ago. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/document?&src=rl&sruid=ioad6007a0000015512f3a7354113dbfa&docguid=lf48cfdof25111dfab6f01000000000&hitguid=lf48cfdof25111dfab6f01000000000&spos=5&epos=5&td=100&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 119-120; combinado com SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. n. 798, p. 23-50, abr. 2002. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/document?&src=rl&sruid=ioad6007a000001546a3cc34da0120a17&docguid=lf5a522f0f25011dfab6f01000000000&hitguid=lf5a522f0f25011dfab6f01000000000&spos=19&epos=19&td=100&context=47&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

²⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 54, p. 76-107, jan./mar. 2006. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, v. 1, p. 979-1014, ago. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/document?&src=rl&sruid=ioad8181500000154a26a8762028bb8e5&docguid=l7314f720f25511dfab6f01000000000&hitguid=l7314f720f25511dfab6f01000000000&spos=2&epos=2&td=100&context=4&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 11 maio 2016.

²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 167.

estrito não necessariamente implica a não-realização de um direito fundamental, como também não necessariamente atinge o núcleo essencial de um direito fundamental. Para uma medida ser reprovada no exame da proporcionalidade em sentido estrito, basta que as razões que fundamentam a sua adoção não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental afetado.³⁰

Para se chegar à conclusão de que uma medida é ou não proporcional em sentido estrito, três etapas sucessivas são inescusáveis, nos termos da lei de ponderação, de Robert Alexy. Em um primeiro passo, há de se definir o grau de não-satisfação ou de restrição de um princípio, isto é, a intensidade da sua intervenção. Seguidamente, em um segundo passo, há de se definir a importância da satisfação do princípio em sentido oposto, ou seja, os fundamentos justificadores da intervenção. Em um terceiro passo, por fim, deve se comprovar se a importância da satisfação do princípio em sentido oposto justifica a não-satisfação ou a afetação do outro. Trata-se da ponderação no seu sentido específico e estrito, através da qual se procede com a valoração entre as duas grandezas e, enfim, se estabelece a relação de precedência.³¹ O modelo aritmético atinente a esse exame é denominado “fórmula do peso”. Ainda que a fórmula envolva apenas grandezas concretas e tenha como resultado um peso concreto, cabe frisar que, na hipótese dos princípios envolvidos apresentarem pesos abstratos distintos, esses devem ser acrescentados à relação que compõe a fórmula do peso.³²

Ao procurar garantir racionalidade aos resultados decorrentes da aplicação da fórmula do peso, Robert Alexy propõe a classificação da intensidade da restrição a um princípio, com base em uma escala com os níveis “leve”, “médio” e “grave”, e a classificação da importância da realização do princípio que justifica a medida restritiva, com base em uma escala com os mesmos três níveis.³³ Para ilustrar a relação entre as duas classificações, imagina-se uma situação em que a intensidade da restrição a um direito fundamental com caráter de princípio seja classificada em nível médio, portanto longe de implicar a sua absoluta

³⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. n. 798, p. 23-50, abr. 2002. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/document?&src=r1&sruid=ioad6007a000001546a3cc34da0120a17&docguid=lf5a522f0f25011dfab6f010000000000&hitguid=lf5a522f0f25011dfab6f010000000000&spos=19&epos=19&td=100&context=47&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 30 abr. 2016. Pela insuficiência de fundamentos que justifiquem a medida restritiva, na situação apresentada, o autor chega a conclusão de que a não-realização de um direito não é primordial na análise da proporcionalidade em sentido estrito.

³¹ ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Tradução de Carlos Bernal Pulido. *Revista española de derecho constitucional*. n. 66. p. 13-64, set./dez. 2002. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/289390.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2016.

³² ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Tradução de Carlos Bernal Pulido. *Revista española de derecho constitucional*. n. 66. p. 13-64, set./dez. 2002. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/289390.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2016.

³³ ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Tradução de Carlos Bernal Pulido. *Revista española de derecho constitucional*. n. 66. p. 13-64, set./dez. 2002. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/289390.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2016.

não-realização, mas a importância da realização do princípio colidente é leve, ou melhor, pequena. Nesse contexto, a despeito de que a medida restritiva esteja distante de caracterizar a absoluta não-realização do direito, ela é considerada desproporcional.³⁴

Por fim, Robert Alexy atenta para os casos em que há equivalência de valores como resultado da aplicação da fórmula do peso. Nesse contexto, algumas soluções são esmiuçadas, tais como níveis mais refinados de escalonamento para cada uma das grandezas. Todavia, o próprio autor confessa as dificuldades de uma aplicação ainda mais criteriosa e, nesse sentido, admite a possibilidade de uma certa dose de discricionariedade para esses casos.³⁵

2 A PONDERAÇÃO À BRASILEIRA: DA EQUIVOCADA RECEPÇÃO DA TEORIA DE ROBERT ALEXY NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Não é difícil constatar que a teoria dos direitos fundamentais, de Robert Alexy, encontra-se cada vez mais presente no cenário jurídico-constitucional brasileiro, especialmente a partir da última década do século passado. A ideia de que os direitos fundamentais podem ser classificadas como regras ou como princípios e, tratando-se de categorias distintas, possuem modos de aplicação distintos, foi aceita a uma medida, até então, alcançada por poucas construções normativas.³⁶

Em julgamento da IF (Intervenção Federal) 2.915-5/SP, o seguinte excerto do voto do Ministro Gilmar Mendes, acompanhado pela maioria do Plenário do Supremo Tribunal Federal, confirma essa recepção:

³⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. n. 798, p. 23-50, abr. 2002. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/document?&src=rl&srguid=ioad6007a000001546a3cc34da0120a17&docguid=lf5a522f0f25011dfab6f01000000000&hitguid=lf5a522f0f25011dfab6f01000000000&spos=19&epos=19&td=100&context=47&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

³⁵ ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Tradução de Carlos Bernal Pulido. *Revista española de derecho constitucional*. n. 66. p. 13-64, set./dez. 2002. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/289390.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2016.

³⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 54, p. 76-107, jan./mar. 2006. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, v. 1, p. 979-1014, ago. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/document?&src=rl&srguid=ioad8181500000154a26a8762028bb8e5&docguid=l7314f720f25511dfab6f010000000000&hitguid=l7314f720f25511dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=100&context=4&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 11 maio 2016.

A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou dedução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais.³⁷

Mas ainda há um grande terreno para se avançar. Enquanto método de solução das colisões entre direitos fundamentais, a ponderação exige uma fundamentação argumentativa que, conforme defende Robert Alexy, é passível de conferir racionalidade ao enunciado (acerca da relação de precedência) a que conduz.³⁸ Todavia, o que se verifica da análise da jurisprudência dos Tribunais superiores, é que a fundamentação das decisões, na maior parte dos casos, é apresentada como se os julgadores estivessem guiados tão somente por raciocínios valorativos. Há situações em que o autor Robert Alexy e os diversos termos específicos de sua teoria, inclusive, são mencionados, mas os procedimentos formais atinentes à aplicação da referida teoria são desconsiderados pelos julgadores. Desse modo, as razões que poderiam fundamentar racionalmente uma decisão jurisdicional baseada no método de ponderação não são emitidas.³⁹

Não é por acaso, que Alexy, ao tratar do tema da ponderação faz referência a sua obra *Teoria da Argumentação Jurídica*. Vale dizer, mostra-se extremamente perigosa a utilização da teoria dos direitos fundamentais de Alexy separada da teoria da argumentação jurídica desenvolvida por ele.

Para Alexy, o problema da fundamentação jurídica seria um problema de metodologia jurídica. O professor alemão constrói sua teoria a partir de discussões e críticas desenvolvidas no campo da filosofia da linguagem e da teoria da argumentação. Para ele, a argumentação jurídica é uma atividade

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Intervenção federal nº 2.915-5/SP*. Ministro Relator Marco Aurélio. Data do julgamento: 03 fev. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81455>>. Acesso em: 03 jun. 2016. Cumprir destacar que, com base na classificação de Robert Alexy, a máxima da proporcionalidade não pode ser considerada um princípio, tendo em vista que não produz efeitos em medidas variadas, já que é aplicada de forma constante, sem variações. Sendo assim, a máxima da proporcionalidade, assim como as máximas parciais da proporcionalidade, devem ser classificados como regras. Veja-se ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 117; e SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. n. 798, p. 23-50, abr. 2002. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/document?&src=r1&sruid=ioad6007a000001546a3cc34da0120a17&docguid=lf5a522f0f25011dfab6f01000000000&hitguid=lf5a522f0f25011dfab6f01000000000&spos=19&epos=19&td=100&context=47&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

³⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 164-165.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 58-59.

linguística que tem lugar em situações diversas, como o processo e a discussão científico-jurídica. Tal atividade linguística trata da correção dos enunciados normativos, podendo ser designada de “discurso”⁴⁰.

Nessa esteira, o discurso jurídico seria um caso especial do discurso prático geral. Em ambas as formas, trata-se da correção de enunciados normativos. Tanto com a afirmação de um enunciado prático geral, como com a afirmação ou pronunciamento de um discurso jurídico, levanta-se uma *pretensão de correção*. O discurso jurídico trata-se de um caso *especial*, porque a argumentação jurídica ocorre sob uma série de condições limitadoras, como a sujeição à lei, a consideração dos precedentes, seu enquadramento na dogmática elaborada pela Ciência do Direito organizada institucionalmente, e as limitações das regras processuais⁴¹. É justamente por isso que elabora a sua Teoria da Argumentação Jurídica, buscando, procedimentalmente, fornecer as bases para que se possa considerar correta a fundamentação. Não bastaria, portanto, qualquer fundamentação, pois “quem fundamenta algo pretende que sua fundamentação seja acertada e, por isso, sua afirmação correta. No discurso jurídico, assim como no discurso prático geral, não é admissível afirmar algo e depois se negar a fundamentá-lo, sem indicar razões para isso. Os enunciados jurídicos formulam, portanto, como os enunciados normativos gerais, uma pretensão de correção”⁴².

A fundamentação pretendida por Alexy deveria ser construída a partir de um procedimento e uma série de regras da argumentação jurídica, os quais nunca foram considerados pela prática jurídica brasileira no momento da ponderação e da fundamentação de decisões que fazem referências à princípios. Isso se deve ao fato, talvez, de ser a teoria da argumentação de Alexy totalmente impraticável, além de presa à noção de procedimento (método) redentor, que, ao final, não garante uma resposta correta ou adequada, mas, sim, exige um maior esforço argumentativo pelo órgão julgador⁴³.

⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001, p. 30

⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001, p. 31

⁴² ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001, p. 212.

⁴³ Nesse sentido, as palavras do próprio Alexy ilustram a questão: “é verdade que o fato de se cumprir as regras do discurso, justamente com a premissa de que os participantes do discurso dispõem de uma capacidade de imaginação e de juízo suficiente, não conduz logicamente à correção dos resultados no sentido absoluto. Isso não ocorre por se poder usar a capacidade suficiente de modo censurável ou incorreto. Seria, porém, equivocado, particularmente no que se refere às questões práticas, exigir a segurança de uma correção absoluta. Isso não pode garantir nenhum procedimento. Se se suprime esta exigência excessiva, então fica claro que nenhum procedimento é mais adequado do que o discurso para desenvolver ao mesmo tempo a capacidade de imaginação e de juízo e a obtenção de um controle racional, aproximando-se, dessa maneira, da correção” (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001, p. 318).

Na contramão das lições do próprio Alexy, é fácil observar uma inclinação dos Tribunais brasileiros em realizar meros apontamentos a expressões como “ponderação”, “proporcionalidade”, “razoabilidade”, utilizando-se desses e de outros conceitos afins como se fossem “enunciados performáticos”, capazes de fundamentar simbolicamente os posicionamentos mais distintos. A sua simples enunciação parece fazer emergir a sua significação.⁴⁴ É importante consignar, contudo, que a ponderação jamais resolve direta e imediatamente o caso. Não é ela uma operação em que dois princípios são levados a uma balança e, de acordo com a medida examinada, o princípio com o maior peso é escolhido pelo intérprete como sendo o princípio preponderante da colisão. Na verdade, a tese de Robert Alexy impossibilita que a ponderação envolva uma escolha apenas valorativa.⁴⁵

Excetuando-se os acórdãos fundados em nome da ponderação e/ou da proporcionalidade, que, independentemente das razões apresentadas, constituem resultados corretos e apropriados à Constituição Federal, todos os demais servem-se desses conceitos como porta de entrada para o exercício livre da discricionariedade.⁴⁶ Nessa perspectiva, mesmo havendo dispositivos legais que exijam uma devida fundamentação de todas as decisões, pretendendo eliminar eventuais arbitrariedades, os julgadores utilizam o argumento da ponderação como pretexto para garantir a fundamentação dos seus posicionamentos tomados em juízo. Reitera-se que não há, em momento algum, a aplicação do método formal da ponderação, tal como proposto por Robert Alexy. Ou seja, no mundo prático, os Tribunais brasileiros acabam julgando de acordo com a sua própria vontade e guiando-se de acordo com a sua própria consciência.⁴⁷ Para ilustrar essa situação e como o Supremo Tribunal Federal vem aplicando o método de ponderação, a seguir serão analisados alguns julgados.

A questão acerca da necessidade do consentimento da pessoa biografada e das pessoas retratadas como coadjuvantes para a publicação ou para a veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais foi objeto de decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADI (ação direta de inconstitucionalidade) nº 4.815/DF. Postulou-se, na oportunidade, a declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil (Lei nº 10.406/02), para que, mediante interpretação conforme à Constituição, fosse afastada a exigibilidade do consentimento do biografado relativamente a obras biográficas, literárias

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 91-92.

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59-60; e do mesmo autor, STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. *Revista de direitos fundamentais e democracia*. v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/53/52>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 93.

⁴⁷ CARNEIRO, Wálber Araújo; MAIA, Isabela Rebouças. O que é isto – ponderação de princípios? *Seminário Estudantil de Produção Acadêmica*. v. 12, p. 198-215, 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/sepa/article/viewFile/2825/2055>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

ou audiovisuais, sendo por igual, a exigibilidade das pessoas retratadas como coadjuvantes. Em Sessão Plenária, os ministros do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade e nos termos do voto da relatora designada para o acórdão, ministra Cármen Lúcia, julgaram procedente o pedido formulado na ação.⁴⁸

Em seu voto, a ministra Cármen Lúcia destacou o aparente “conflito” entre direitos fundamentais com caráter de princípios: as liberdades de manifestação do pensamento (artigo 5º, IV) e de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (artigo 5º, IX), além do direito à informação (artigo 5º, XIV), independentemente de censura ou autorização prévia (artigo 220, § 1º e § 2º) e, em direção oposta, a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem das pessoas (artigo 5º, X da).⁴⁹ Após, prosseguiu:

A coexistência das normas constitucionais dos incs. VI e IX do art. 5º requer, para a superação do aparente conflito do que nelas se contém, se ponderar se pode a pessoa assegurar-se inviolável em sua intimidade, privacidade, honra e em sua imagem se não é livre para pensar e configurar a sua intimidade, estabelecer o seu espaço de privacidade, formar o conceito moral e social que lhe confere a honradez e cunhar imagem que lhe garanta o atributo reconhecido que busca.

Para perfeito deslinde do caso em exame, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias.⁵⁰

É perceptível que a ponderação foi apontada como forma de superação da colisão, já que seria um meio apto a permitir a coexistência dos direitos fundamentais, em questão, envolvidos. Após essa passagem do voto, encontra-se transcrito, inclusive, trecho de obra do autor Robert Alexy, em que o método da ponderação é, por ele, apresentado.⁵¹ Com esse substrato, a ministra Cármen Lúcia partiu para a exposição de doutrina e jurisprudência correlatas para aproximar o seu posicionamento e, instantaneamente, proferir:

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.815/DF**. Ministra Relatora Cármen Lúcia. Data do julgamento: 10 jun. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.815/DF**. Ministra Relatora Cármen Lúcia. Data do julgamento: 10 jun. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.815/DF**. Ministra Relatora Cármen Lúcia. Data do julgamento: 10 jun. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.815/DF**. Ministra Relatora Cármen Lúcia. Data do julgamento: 10 jun. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

A interpretação pedida na presente ação e com a qual estou anuindo, para julgá-la procedente, significa que se faz necessário não mudar a norma civil, mas atribuir-lhe interpretação coerente com o que se põe constitucionalmente, sendo tanto suficiente para a garantia do exercício do direito à liberdade de expressão, do direito-dever de informar e ser informado sobre a vida de pessoa biografada pela sua importância sociocultural, resguardando-se a garantia da inviolabilidade do direito à intimidade e à privacidade, contra cujo abuso há normas pelas quais assegurada a responsabilidade dos autores da ação indevida.⁵²

Como já exposto, o voto foi acompanhado por todos os demais ministros, resultando na procedência do pedido da ação. Com relação à fundamentação, apesar da ponderação ter sido acolhida “para perfeito deslinde do caso em exame” e ter sido mencionada como método de solução para o caso também pelos ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, não se apreende qualquer traço de sua aplicação de forma estruturada. Não se vê a investigação formal da adequação da medida em relação ao fim pretendido, da necessidade de sua adoção e, muito menos, a realização da ponderação, propriamente dita. Em vez disso, percebe-se apenas a constatação de que o dispositivo ora impugnado provocava uma restrição excessiva a direitos constitucionalmente protegidos.

Outra questão diz respeito à interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser interpretada como conduta criminosa, tipificada no Código Penal. O Supremo Tribunal Federal apreciou tal questão no julgamento da ADPF (arguição de descumprimento de preceito fundamental) nº 54/DF, na qual requereu-se a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia para todos e efeito vinculante, de qualquer interpretação dos artigos 124, 126 “caput” e 128, incisos I e II, do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40) que impedisse a realização voluntária da antecipação terapêutica do parto, nos casos de gravidez de feto anencéfalo. Diagnosticada a anencefalia, à mulher, seria assegurado o direito de submeter-se ao procedimento em questão, sem que estivesse compelida a apresentar autorização judicial, e ao profissional da saúde, o direito de realizá-lo. Em Sessão Plenária, os ministros do Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto do relator e por maioria, deram procedência ao pedido do requerente.⁵³

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.815/DF*. Ministra Relatora Cármen Lúcia. Data do julgamento: 10 jun. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54/DF*. Ministro Relator Marco Aurélio. Data do julgamento: 12 abr. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

A um só tempo, estiveram em confronto o direito à vida (artigo 5º, “caput”), em relação ao feto anencéfalo, e a preservação da legalidade, da liberdade e da autonomia da vontade (artigo 5º, II), o direito à saúde (artigos 6º e 196) e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), em relação à mulher gestante. O relator, ministro Marco Aurélio, afirmou, no entanto, que essa colisão seria apenas aparente. Segundo seu entendimento, o feto anencéfalo não seria titular do direito à vida, justamente porque não haveria ninguém por vir, ou melhor, não haveria potencialidade de uma vida.⁵⁴ Mesmo assim, pontuou o ministro, com o intento de confrontar um eventual entendimento em sentido oposto:

A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República.⁵⁵

A conclusão de que um direito deve ceder em face do outro é simplesmente declarada em nome de um suposto juízo de ponderação. Nota-se que essa ponderação não traz consigo absolutamente nenhum pressuposto que lhe sustente racionalmente e lhe dê a forma de um discurso argumentativo. Ao contrário disso, nota-se que a ponderação parece servir como fundamento de uma decisão envolvida apenas por uma carga valorativa, previamente constituída. Consta do voto da ministra Rosa Weber exatamente o que, aqui, se conclui:

Colocar na balança valores que têm o mesmo peso para dizer que um é mais valioso que o outro, mesmo que apenas para o caso, é criar uma ordem concreta de valores por um ato de autoridade. Portanto, a ponderação só pode ser das razões que aumentam a aceitação da racionalidade (e não da autoridade) da decisão.⁵⁶

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54/DF**. Ministro Relator Marco Aurélio. Data do julgamento: 12 abr. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54/DF**. Ministro Relator Marco Aurélio. Data do julgamento: 12 abr. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54/DF**. Ministro Relator Marco Aurélio. Data do julgamento: 12 abr. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

Ademais, o voto proferido pela ministra Rosa Weber, ainda que tenha acompanhado o voto do relator, merece destaque em virtude da fiel exposição do método de ponderação, tal como formulado por Robert Alexy, e da subsequente aplicação deste ao caso concreto. Os exames das máximas parciais da adequação e da necessidade foram superados e a ponderação, propriamente dita, foi desenvolvida em seguida e nos seguintes termos:

O direito de cunho protetivo da mulher (protective right) demanda uma omissão do Estado que impede a preservação do direito defensivo do feto (defensive right). A ação do Estado inverte a prevalência dos direitos. Diante dessa dificuldade, é necessário ver como o caso concreto possibilita uma argumentação que mude o equilíbrio da equação, transformando o quociente em um valor diferente de 1, em outros termos, como a igualdade se transforma em um “maior que” em benefício de um dos dois lados para a situação específica da anencefalia. Nesse ponto é importante lembrar os desenvolvimentos referentes ao primeiro e ao segundo argumento. Não porque os resultados obtidos não sejam suficientes para determinar a decisão, mas porque, caso se coloque a questão em termos de valores, é preciso mostrar como aquelas considerações determinam o quociente da relação entre os direitos reivindicados.

No que tange à proteção do feto, foi visto que não é necessário compreender-se que a intervenção do Estado protege o seu direito, pois não se sabe ao certo se este direito está realmente em jogo. Além disso, viu-se que, mesmo em abstrato, a vida tem graus de proteção diferentes no nosso ordenamento, a ponto de o feto saudável não ser protegido contra a liberdade da mulher em caso de estupro. Ou seja, dependendo do grau de desenvolvimento da vida biológica do feto e da situação da gestante, diminui o interesse na proteção do desenvolvimento do primeiro e aumenta o interesse na proteção da liberdade da segunda.

Some-se a isso o fato de o meio adequado e necessário para a proteção da vida do feto – a postura interventiva do Estado – ferir, além da liberdade, a integridade física e psicológica da mulher, seja na esfera da saúde (os riscos são maiores na gestação e o abalo psicológico é drástico e inegável), seja na esfera da dignidade humana, pois, se há dúvida sobre a viabilidade de vida para o feto anencéfalo, a imposição da gestação contra a vontade da mulher é tortura física e psicológica em razão de crença (não importa se institucionalizada por meio de lei ou de decisão jurídica, ainda é mera crença), nos exatos termos da Lei dos Crimes de Tortura. E não se trata, neste ponto, de comparar duas leis de mesma hierarquia, mas de usar a definição legal da proteção de um direito humano básico, que é a garantia da integridade individual (é o art. 5º, III, da Constituição que está em jogo: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”). Lembre-se que a pena para o crime de tortura (reclusão de 2 a 8 anos) é o dobro da pena para o crime de aborto (reclusão de 1 a 4 anos para quem provoca o aborto com o consentimento da gestante), o que demonstra que o sistema não permite qualquer aproximação entre as duas ações.

Nessa linha de raciocínio, se, por um lado, a intervenção do Estado viola a saúde, a integridade, a dignidade e a liberdade da gestante, a omissão deixa de proteger um fenômeno biológico sobre o qual há dúvida a respeito da aplicabilidade concreta do princípio defensivo reivindicado. A força

argumentativa dentro da situação concreta indica que, no caso da anencefalia, vale a postura protetiva do Estado por meio da não intervenção em detrimento do dever de defesa que só se realiza com a ação punitiva.⁵⁷

A exposição a seguir diz respeito à relativização da coisa julgada, estabelecida em decorrência de ação de investigação de paternidade em que não foi possível a realização de exame de DNA, por ser o autor beneficiário da justiça gratuita e por não ter o Estado providenciado a sua realização, e foi discutida em sede de julgamento do recurso extraordinário nº 363.889/DF. O recurso foi interposto contra acórdão que reconheceu, em razão da anterior demanda, cuja sentença de improcedência já havia transitado em julgado, “por insuficiência de provas dos fatos alegados”, que seria impossível a propositura de outra ação, proposta pelo mesmo interessado e com idêntico objeto. Dado o óbice intransponível da coisa julgada, outrora estabelecida naquele feito, a 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios decidiu pelo acolhimento da preliminar, suscitada pelo réu e rejeitada em juízo de primeiro grau, e pelo provimento ao recurso por ele interposto.⁵⁸

Ao apreciarem a questão, os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, conheceram o recurso extraordinário e lhe deram provimento, por maioria e nos termos do voto do relator constituído para o acórdão, ministro Dias Toffoli. A decisão, pautada na reforma do acórdão recorrido, foi no sentido de afastar o arguido óbice da coisa julgada para permitir o prosseguimento da ação de investigação de paternidade em tela e, por conseguinte, possibilitar ao autor da ação perseguir a busca de sua verdadeira identidade genética paterna.⁵⁹

Em oposição ao âmbito de proteção da coisa julgada material (artigo 5º, XXXVI), os recorrentes argumentaram com fulcro nos direitos fundamentais à filiação (artigo 227, “caput” e § 6º) e à assistência jurídica gratuita (artigo 5º, LXXIV). Consoante se depreende do voto do ministro Luiz Fux, o primeiro dos dispositivos aqui referidos identifica-se como autêntica regra jurídica, porquanto enuncia uma hipótese de incidência e, simultaneamente, a consequência

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54/DF**. Ministro Relator Marco Aurélio. Data do julgamento: 12 abr. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 363.889/DF**. Ministro Relator Dias Toffoli. Data do julgamento: 02 jun. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 363.889/DF**. Ministro Relator Dias Toffoli. Data do julgamento: 02 jun. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

jurídica a ser desencadeada pela configuração de seus pressupostos fáticos. Já os dois últimos assumem a forma de princípios jurídicos, uma vez que apontam para estados ideais, a serem realizados na maior medida possível.⁶⁰ Então, continuou:

Ressalte-se desde logo que a previsão normativa da garantia da coisa julgada sob a forma de regra não é suficiente, por si só, para pôr fim a qualquer perspectiva de ponderação. Como vem reconhecendo a novel doutrina da hermenêutica constitucional, também as regras jurídicas, em hipóteses excepcionais, submetem-se a um raciocínio ponderativo. Para tanto, deve ser realçada a razão subjacente à regra, isto é, o princípio que informa a sua interpretação finalística e a sua aplicação aos casos concretos: in casu, é o princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput), como já visto, que serve de manancial para a definição do sentido e do alcance da garantia da coisa julgada material. Não basta, no entanto, cotejar, imediatamente após isso, o peso de tal razão subjacente diante dos outros princípios em jogo. É imprescindível que se leve em conta, ainda, que as regras jurídicas, como categoria normativa, têm por reflexo, em sua aplicação, a promoção de valores como previsibilidade, igualdade e democracia.

[...]

A hipótese dos autos, no entanto, tende a caracterizar justamente a excepcionalidade capaz de autorizar o afastamento da regra da coisa julgada material, em prol dos direitos fundamentais à filiação e à assistência jurídica aos necessitados.⁶¹

Aceitar a ponderação como método de solução de todo e qualquer conflito normativo, relacionado ou não com a aplicação de princípios, é compreendê-la de uma maneira diversa daquela como preconizada por Robert Alexy. Pois, é precisamente nesse sentido que ela foi empregada no caso em questão e tem sido empregada em outras tantas decisões judiciais, que parecem identificá-la como uma técnica genérica de solução de aparentes tensões entre normas jurídicas, sejam elas regras, sejam elas princípios.⁶²

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 363.889/DF**. Ministro Relator Dias Toffoli. Data do julgamento: 02 jun. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 363.889/DF**. Ministro Relator Dias Toffoli. Data do julgamento: 02 jun. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

⁶² BARCELLOS. Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 26; e BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**. v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf>. Acesso em: 11 maio 2016.

É nesse sentido também que vem entendendo uma parcela da doutrina brasileira que defende a ponderação em sentido extremamente amplo, como uma atividade de interpretação e argumentação jurídica aplicável a quaisquer normas, dado o caráter argumentativo do próprio Direito.⁶³ Diferentemente da proposta de Robert Alexy, a ponderação não se destinaria privativamente às colisões entre princípios, mas também poderia ser empreendida nos casos de conflitos entre regras, com a atribuição de maior peso a uma em face da outra, sem que isso provocasse a sua invalidade ou gerasse uma cláusula de exceção.⁶⁴

A partir daí, dentre os que advogam em favor da ponderação entre regras, há quem proponha que a consideração a aspectos concretos e individuais dependeria de um ônus argumentativo que fosse capaz de ultrapassar as razões, segundo as quais a regra devesse ser aplicada⁶⁵, e há quem proponha que a consideração a aspectos concretos e individuais somente ocorreria em restritas hipóteses, pois, do contrário, a utilização indiscriminada da ponderação implicaria no enfraquecimento do Estado de Direito e no alargamento das margens de arbitrariedade, já que outorgada ao intérprete a faculdade de não aplicar uma regra válida no plano jurídico.⁶⁶

Como se isso não bastasse, eis que o atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) passou, da sua vigência, estabeleceu que “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão” (art. 489, §2º., NCPC).

Dada a especificidade própria da linguagem jurídica, é de se reconhecer que o dispositivo reporta-se à “ponderação”, nos mesmos termos que a concepção proveniente da teoria de Robert Alexy, e à “colisão de normas”, como forma de permitir a aplicação da ponderação tanto entre regras quanto entre princípios. Todavia, como já foi visto, ponderar regras é ir contra a construção teórica de Robert Alexy. Esse cenário é ainda agravado, se a ponderação entre

⁶³ ÁVILA. Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 64.

⁶⁴ ÁVILA. Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 57-60 e 63-64.

⁶⁵ ÁVILA. Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 53-54.

⁶⁶ BARCELLOS. Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 201-234. Segundo a autora, a regra pode deixar de ser aplicada mediante ponderação diante das seguintes hipóteses: fazendo-se uso da equidade, assim respeitando-se as possibilidades semânticas do texto; nos casos em que o legislador, ao disciplinar a matéria, não anteviu a hipótese que agora chega ao intérprete; e, por último, nos casos em que a incidência da regra à situação concreta produz uma norma inconstitucional e, mesmo que o legislador tenha cogitado essa possibilidade, a avaliação pelo intérprete pode afastar a aplicação da regra, por ser incompatível com a Constituição.

princípios, da forma como empreendida no âmbito do direito brasileiro, é a mesma ponderação que se está permitindo aplicar nos casos de “colisões entre regras”. Assim sendo, ela representaria simplesmente a escolha de uma das regras para ser afastada, na situação concreta, em face da suposta ponderação.⁶⁷

O que mais chama atenção na aceitação da ponderação como método de solução de tensões normativas de qualquer natureza, inclusive, portanto, entre regras, reside no fato de que a ponderação concebida por Robert Alexy estaria totalmente desconstruída e descaracterizada. Essa afirmação é feita porque não mais se legitimaria uma das suas ideias centrais para a distinção entre regras e princípios, qual seja, a que refere o modo como são resolvidos os “conflitos” entre normas dessa ou daquela espécie: por subsunção, no caso das regras, e por ponderação, no caso dos princípios.⁶⁸

Outrossim, no contexto de uma relação condicionada de precedência, as condições sob as quais um princípio prevalece sobre o outro constituem, ao fim, o suporte fático de uma regra. Cabe ressaltar, portanto, que a ponderação é o método do qual o resultado é sempre uma regra, a ser aplicada por subsunção no caso concreto. Na hipótese de se admitir uma ponderação entre regras, qual seria o seu resultado? “Uma ‘regra’ da regra? Uma regra para aplicação da regra?” Seguindo-se essa proposta, a distinção entre regras e princípios ficaria destituída de sentido prático.⁶⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve seu início pautado pela reprodução da teoria de Robert Alexy. Na oportunidade, concluiu-se que a teoria é marcada, especialmente, pela distinção entre regras e princípios, como sendo espécies do gênero norma. Em seguida, que essa distinção não é somente uma distinção gradual, mas, acima de tudo, uma distinção qualitativa.

Nesse cenário, as regras são normas que, em caso de realização de seus pressupostos fáticos, prescrevem consequências jurídicas definitivas, a serem aplicadas por subsunção. Nos conflitos entre regras, declara-se a invalidade de uma delas ou, não sendo possível, introduz-se nela uma cláusula de exceção. Por sua vez, os princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível, relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas da situação

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. Art. 489 In: ____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.). **Comentários ao Código de processo civil**. De acordo com a Lei n. 13.256/2016. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 688-690.

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 569.

⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 570.

concreta. Nas colisões entre princípios, portanto, um deles, sob determinadas condições, adquire precedência em face do outro. Sob outras condições, a questão da precedência pode se resolver de forma oposta.

Dessa passagem, encaminhou-se para a identificação da ponderação como método característico para a solução de colisões entre direitos fundamentais com estrutura de princípios. Nos termos da denominada “lei de colisão”, a aplicação da ponderação resulta em uma norma de direito fundamental atribuída, com a estrutura de regra, que será subsumida ao caso concreto. As condições sob as quais um princípio tem precedência sobre o outro são o suporte fático dessa regra, que, então, deve indicar a consequência jurídica atrelada ao princípio que tem precedência.

Esse resultado, conforme destacado, não deve decorrer de mera alusão à ponderação. Esse resultado deve suceder a aplicação formal da “máxima da proporcionalidade”, compreendida pelas máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Nessa última etapa, correspondente à ponderação, propriamente dita, deve-se comprovar se o grau de importância da realização de um direito fundamental, definido a partir de uma escala com os níveis “leve”, “médio” e “grave”, é maior do que o grau de restrição ao direito fundamental em sentido oposto, definido a partir de uma escala com os mesmos níveis.

Finalmente, após a reprodução sintética da teoria de Robert Alexy, passou-se à problematização da sua recepção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Da análise de alguns julgados e da exposição da crítica, em especial de Lenio Streck, sobre o tema, concluiu-se que a maioria das decisões não trazem consigo absolutamente nenhum pressuposto formal e aritmético que pudesse lhes conferir uma fundamentação racional baseada na ponderação. Em que pese as referências a Robert Alexy e o apontamento da ponderação como método capaz de solucionar as colisões entre direitos fundamentais sob apreciação, viu-se que a aplicação de sua estrutura formal, desdobrada nos exames da adequação, da necessidade e a realização da ponderação, propriamente dita, nos termos propostos por Robert Alexy, raramente ocorre. Assim, concluiu-se que os julgadores, em geral, são guiados por uma carga valorativa correspondente à sua própria vontade e pesada pela sua própria consciência.

Como remate da problematização, apurou-se o crescimento da vertente da ponderação entre regras no âmbito do direito brasileiro, já sendo defendida por uma parcela da doutrina atuante, exposta na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e, mais recentemente, estabelecida em dispositivo do atual Código de Processo Civil, ao que tudo parece indicar.

De tudo isso, é possível concluir que há uma equivocada recepção da teoria de Robert Alexy, a qual, mesmo se fosse considerada como eficiente para frear a discricionariedade do órgão, conferindo, com isso, racionalidade às decisões que versam sobre eventuais colisões entre direitos fundamentais, acabaria

sendo insuficiente para cumprir tal mister. Na verdade, o que se verifica no âmbito do direito brasileiro é uma espécie de *ponderação à brasileira*, que, do modo como vem sendo empregada, ao invés de servir para dar maior controle e legitimidade democrática para as decisões dos Tribunais, resta servindo como álibi teórico para sustentar decisões arbitrárias.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**. v. 217, p. 67-79, jul./set. 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>>. Acesso em: 12 maio 2016.

_____. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. **Revista de Direito Privado**, v. 24, p. 334-344, out./dez. 2005. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, v. 1, p. 721-732, mai. 2011. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, v. 1, p. 915-928, ago. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/document?&src=rl&srguid=ioad6007a0000015512f3a7354113dbfa&docguid=lfb48cfdof2511dfab6fo10000000000&hitguid=lfb48cfdof2511dfab6fo10000000000&spos=5&epos=5&td=100&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 02 jun. 2016.

_____. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Tradução de Carlos Bernal Pulido. **Revista española de derecho constitucional**. n. 66. p. 13-64, set./dez. 2002. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/289390.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2016.

_____. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Tradução de Manuel Atienza. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. n. 5, p. 139-151, 1988. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/n-5---1988/dcd8fe6e-2dc6-11e2-b417-000475f5bda5.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2016.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**. v. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47313/45714>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**. v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf>. Acesso em: 11 maio 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Presidência da República. **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: 10 jun. de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.815/DF**. Ministra Relatora Cármen Lúcia. Data do julgamento: 10 jun. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

_____. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54/DF**. Ministro Relator Marco Aurélio. Data do julgamento: 12 abr. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

_____. **Intervenção federal nº 2.915-5/SP**. Ministro Relator Marco Aurélio. Data do julgamento: 03 fev. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81455>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

_____. **Recurso extraordinário nº 363.889/DF**. Ministro Relator Dias Toffoli. Data do julgamento: 02 jun. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 54, p. 76-107, jan./mar. 2006. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, v. 1, p. 979-1014, ago. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/document?&src=rl&srguid=ioad8181500000154a26a8762028bb8e5&docguid=l7314f72of25511dfab6fo10000000000&hitguid=l7314f72of25511dfab6fo10000000000&spos=2&epos=2&td=100&context=4&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 11 maio 2016.

CARNEIRO, Wálber Araújo; MAIA, Isabela Rebouças. O que é isto – ponderação de princípios? **Seminário Estudantil de Produção Acadêmica**. v. 12, p. 198-215, 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/sepa/article/viewFile/2825/2055>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta**: aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. n. 798, p. 23-50, abr. 2002. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/document?&src=rl&srguid=ioad6007a000001546a3cc34da0120a17&docguid=lf5a522fof25011dfab6fo10000000000&hitguid=lf5a522fof25011dfab6fo10000000000&spos=19&epos=19&td=100&context=47&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. v. 1, p. 607-630, 2003. Disponível em: <http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2016.

STRECK, Lenio. PEDRON, Flávio Quinaud. O que ainda podemos aprender com a literatura sobre os princípios jurídicos e suas condições de aplicação. **Revista de Processo**. v. 258, Agosto de 2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. **Revista de direitos fundamentais e democracia**. v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/53/52>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.). **Comentários ao Código de processo civil**. De acordo com a Lei n. 13.256/2016. São Paulo: Saraiva, 2016.

trabalho infantil e o papel da justiça do trabalho para sua erradicação no brasil

Diane Lara Arnold

Servidora Federal da justiça do Trabalho da 4ª Região. Bacharel em Direito pela Universidade Feevale. E-mail: darnold@trt4.jus.br.

Haide Maria Hupffer

Doutora em Direito (UNISINOS). Docente e pesquisadora no Programa de Pós-Graduação em Qualidade Ambiental e no curso de Graduação em Direito na Universidade Feevale. E-mail: haide@feevale.br.

INTRODUÇÃO

Uma das maiores preocupações da sociedade pós-moderna diz respeito às crianças e como torná-las adultos saudáveis no campo físico, psíquico, moral e social. Neste sentido, o presente estudo procura discutir, como Sociedade, o que é necessário fazer para extirpar esta chaga e garantir um futuro mais digno para as crianças e adolescente, buscando mudar as realidades não condizentes com os princípios expressos na Carta Magna.

O trabalho infantil ainda é uma realidade no Brasil e em vários países. Na presente pesquisa, buscar-se-á examinar a proteção à criança e ao adolescente, partindo de uma visão histórica do trabalho infantil, para na sequência analisar como a legislação brasileira e as convenções internacionais ratificadas pelo Brasil tratam do trabalho infantil e o direito da criança à infância sadia. Na sequência, é indicada a urgência em erradicar a exploração infantil, apontando pela defesa dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, pelo direcionamento das políticas públicas, pela conscientização da população de seu papel social com a finalidade de proteger o futuro das crianças e quais as perspectivas para o novo milênio.

Além do exposto, este estudo também objetiva propiciar uma visão ampla do assunto com destaque especial aos programas existentes para erradicação do trabalho escravo infantil. Atualmente o Ministério Público do Trabalho tenta combater, por meio de fiscalização, toda e qualquer forma de trabalho infantil, retirando as crianças do trabalho e facilitando-lhes o acesso à escola. A fiscalização atua em parceria com organizações governamentais e não governamentais.

1 CONTEXTO HISTÓRICO DO TRABALHO INFANTIL NO MUNDO E NO BRASIL

As primeiras medidas de proteção à criança e ao adolescente surgiram há 2.000 anos A. C. na Mesopotâmia, atual Oriente Médio, no Código de Hamurabi, criadas pelo rei Hamurabi, sendo que à época as crianças trabalhavam como aprendizes. Pelo Código de Hamurabi “se um artesão tomasse algum menor para criar como filho adotivo, deveria ensinar-lhe seu ofício” e se “ensinasse, o filho adotivo não poderia mais ser reclamado por seus pais de sangue”, mas caso o artesão “não ensinasse o ofício, o adotivo poderia voltar livremente para a casa de seu pai biológico”.¹

Já entre os Romanos, o contrato de aprendizagem era previsto de três formas: mestre era remunerado (*locatio operis*) era o mestre quem pagava o serviço do menor (*locatio operarum*), o mestre não pagava nem recebia uma “merces”, compensando-se o ensino com os serviços.²

¹ VIANNA, Aduz Segadas et. al. *Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 1007.

² GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 442.

Portanto, na história da humanidade as crianças já trabalhavam com suas famílias ou tribos sem distinção de idade. Na Idade Média, entre o século V e XV, as crianças pertenciam às corporações, também denominadas guilden, onde formavam grupos com os adultos para trabalhar ou então ficavam em casa com as mães ajudando nas tarefas domiciliares. A partir do século XVIII, Idade Moderna, criou-se, então o trabalho infantil independente do trabalho adulto, surgindo, então a história do trabalho infantil.³

A Revolução Industrial, no século XVIII na Inglaterra, contribuiu para o início da exploração do trabalho infantil. A exploração iniciou-se pelas mulheres e crianças e, por serem mais frágeis, tornaram-se uma mão de obra quase que escrava e por isso foram os mais explorados. Os menores (a partir de 6 anos) foram colocados para trabalhar em subsolos e minas com jornadas extensas de trabalho e sob condições desumanas impostas pelos adultos. Essa situação, por sua vez, deu origem aos direitos trabalhistas com embasamento no “princípio da proteção” em uma ação da sociedade contra as terríveis condições dos operários que eram muito explorados, pois o direito está ligado a tudo que se relaciona ao homem.⁴

A mão de obra das crianças e mulheres era cruelmente explorada e não existia nada moral ou juridicamente que pudesse impedir tais contratações. Para nascimento, o sistema era desumano e estava apoiado no regime liberal, que por sua vez estava “apoiado na autonomia da vontade, mas divorciado da realidade da pobreza social, em especial fundada na exploração das chamadas “meias forças”: a mulher e o menor”.⁵ Na mesma linha, Mantoux relata que os “aprendizes – crianças e adolescentes saíam da fábrica ignorantes e corrompidos”, pois não receberam “qualquer tipo de instrução durante sua lamentável escravidão, como sequer haviam aprendido, apesar das cláusulas formais do contrato de aprendizagem, o saber profissional necessário para ganhar a vida”. Viveram acorrentados durante cruéis e longos anos e quando eram dispensados não sabiam fazer nada além do “trabalho maquinal [...]. Por isso estavam condenados a continuar para sempre como braçais, vinculados à fábrica como o servo à gleba”.⁶

Montoya Melgar ao examinar o relatório feito pelo médico francês Louis René Villermé aponta que dos filhos de operários que formavam a classe de trabalhadores franceses no século XIX, somente 27% deles completavam dez anos de idade, sendo que os outros morriam entre as idades de sete e dez anos. O relatório é contundente ao mostrar estas crianças trabalhavam em torno de 16 a 17 horas por dia. Para o autor, além do trabalho a que estas crianças estavam

³ GRUNSPUN, Haim. *O trabalho das crianças e dos adolescentes*. 1.ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 45.

⁴ SILVA, Eliana Regina de Paula. O trabalho infantil no Brasil após o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente/1990. *Revista da Pós- Graduação*. São Paulo, v. 1, n. 1, jan./jun. 2007.

⁵ NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira. *A educação e o trabalho do adolescente*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 15.

⁶ MANTOUX, 1927, apud OLIVA, José Roberto Dantas. *O princípio da proteção integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil*. São Paulo: LTr, 2006, p. 42.

expostas, elas também eram mal alimentadas e obrigadas “a percorrer, desde as cinco horas da manhã, grandes distâncias que as separavam das fábricas. Em 1871, a autoridade médica inglesa informou ter encontrado uma criança de três anos em uma fábrica de fósforo de Berthnal Green”.⁷

De acordo com Granizo e Rothvoss, a história do Direito do Trabalho foi dividida em quatro períodos: a formação, a intensificação, a consolidação e a autonomia. A formação foi do ano de 1802 a 1848. Em 1802 surgiu na Inglaterra a primeira lei tutelar, chamada de Lei de Peel, assim denominada em homenagem a Robert Peel, seu idealizador, em prol do Direito do Trabalho. Peel expediu um manifesto no mesmo ano chamado de *Moral and Health Act*, que quer dizer Ato da Moral e da Saúde com o objetivo de proteger as crianças das explorações de trabalho. Essa Lei vedava a jornada de trabalho após as 21 horas e antes das 6 horas e limitava a 12 horas por dia.⁸

Martin-Granizo e Gonzales-Rothvoss apontam ainda mais três períodos: o período da intensificação, de 1848 a 1890, onde ocorreu o Manifesto Comunista de Marx e Engels e também surgiu a primeira forma de seguro social obrigatório, feito para casos de enfermidades, acidentes, velhice e invalidez, no governo de Bismarck, na Alemanha em 1883. O Terceiro período foi o da Consolidação de 1890 a 1919, onde surgiram documentos nomeados de Encíclicas, com maior destaque para *Rerum Novae* (coisas novas), do Papa Leão XIII, sendo que esta escritura teve um grande valor para o Direito do Trabalho. A igreja, através dessa lei, exigia mais proteção e recomendava um salário mais justo. O quarto e último período, o da Autonomia, é caracterizado pela criação da OIT, em 1919 que até os dias de hoje desenvolve importante papel no trabalho de universalização do Direito do Trabalho.⁹

No final do século XVIII surgiram duas filosofias opostas sobre o trabalho infantil. A primeira, difundida pela religião protestante, dizia que as crianças deveriam ser vistas como pequenos adultos e que precisavam ser preparados para o futuro. A segunda, formada por adeptos do filósofo Jean-Jacques Rousseau e contrária à primeira, defendiam a criação de leis que protegessem os menores. Diziam que a infância era uma fase muito importante para as crianças e que deveria ser preservada baseando-se na educação e no lazer, com a finalidade de se estabelecer uma vida saudável tanto física como psicológica.¹⁰

De 1919 até os dias de hoje, após a primeira Grande Guerra, o Direito do Trabalho ganha uma posição definitiva no mundo. Através do Tratado de Versalhes, cria-se a OIT com o objetivo de estudar e promover melhorias aos trabalhadores. Paralelamente, várias outras Constituições são promulgadas como

⁷ MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho Del Trabajo*. 24. ed. Madrid: Tecnos, 2003, p. 66-67.

⁸ MARTIN-GRANIZO; GONZALES-ROTHVOSS, 1931, apud BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 68.

⁹ MARTIN-GRANIZO; GONZALES-ROTHVOSS, 1931, apud BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 68.

¹⁰ PEREZ, Viviane Matos González. *Regulação do trabalho do adolescente: uma abordagem a partir dos Direitos Fundamentais*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 29.

a do México, em 1917, que foi verdadeiramente inovadora e em 1919, na Alemanha, promulga-se a Constituição de Weimar, social-democrata, que instituiu os conselhos de empresa, normatizando o direito operário uniforme.¹¹

Os primeiros indícios de trabalho infantil no Brasil aconteceram bem antes da abolição da escravatura e da chegada das máquinas na primeira revolução industrial da Europa. Foi constatado que já a bordo das caravelas portuguesas à época do descobrimento do Brasil, por volta do ano de 1500, crianças e adolescentes entre 9 a 16 anos de idade eram submetidos ao trabalho e eram conhecidos como pequenos grumetes, ou seja, crianças que faziam a limpeza e ajudavam os marinheiros em diversos trabalhos.¹²

Na época da escravidão, as crianças continuaram a ser exploradas. Elas eram usadas principalmente nas atividades de campo e trabalhavam com seus pais. As crianças órfãs e pobres eram recrutadas para trabalharem nas fazendas e nas casas grandes dos “senhores”, onde tiravam proveito e eram abusadas. Muitas vezes as crianças que eram órfãs se submetiam a condições mais humilhantes que os filhos de escravos, pois, essas valiam algum dinheiro e aquelas nenhum.¹³

Em 1871, com a Lei do Ventre, os filhos de escravos nasceriam livres. A criança ficaria sob a guarda do senhor ou de sua mãe até completar oito anos, quando o senhor poderia escolher entre receber uma indenização do governo ou usar a criança para trabalhos até os 21 anos completos.¹⁴

Após abolição da escravatura em 1888 começaram a desencadear debates a respeito das condições de trabalho de crianças e adolescentes no Brasil. Antes dessa abolição as crianças eram exploradas, nenhuma criança recebia pelo trabalho que executava. As crianças órfãs e pobres eram recrutadas para o trabalho das fazendas e das casas dos “Senhores”, onde eram exploradas e abusadas. Após a abolição com a massa de escravos livres e sem trabalho, as famílias não conseguiram mais sustentar e essas crianças ficavam pelas ruas. Com a crise econômica da época, até as famílias brancas não tinham com sustentar seus filhos e esses também ficaram à deriva. No fim do século XIX, com as indústrias a todo vapor, começaram a recrutar crianças a partir de oito anos em orfanatos para trabalharem nas oficinas e fábricas com o objetivo de prepararem o “trabalhador nacional”, mas na verdade os industriais pretendiam usar uma mão de obra submissa e mais barata.¹⁵

¹¹ MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 74.

¹² PEREZ, Viviane Matos González. *Regulação do trabalho do adolescente: uma abordagem a partir dos Direitos Fundamentais*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 37.

¹³ GRUNSPUN, Haim. *O trabalho das crianças e dos adolescentes*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 51.

¹⁴ MORAIS, Evaristo de. *A Lei do Ventre Livre*. 1. ed. São Paulo: Imprensa Nacional, 2008, p. 38.

¹⁵ GRUNSPUN, Haim. *O trabalho das crianças e dos adolescentes*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 51-52.

As Constituições de 1824 e 1891 não se referiam à criança, tampouco ao trabalho infantil. Em 1891 surgiu o Decreto 1.313 editado pelo então Presidente da República Marechal Deodoro da Fonseca, o qual disciplinava o trabalho infantil em fábricas situadas no Distrito Federal. O referido Decreto proibia o trabalho de menores de 12 anos com exceção dos aprendizes que poderiam trabalhar nas indústrias têxteis a partir dos 8 anos.¹⁶

Já em 1917 foi criado o Decreto 1.801 que dispunha sobre a proteção do menor na cidade do Rio de Janeiro e, ainda, o Decreto 16.300, de 1923, que proibia o trabalho aos menores de 18 anos por mais de seis horas a cada vinte e quatro horas. Estes foram os primeiros Decretos no Brasil que trataram sobre o trabalho infantil, apesar dos doutrinadores falarem que na prática não foram aplicados, tornando-se inócuos, por falta de regulamentação.¹⁷

Finalmente em 1927, no governo de Washington Luís foi promulgado o Decreto nº 17943-A, chamado “Código de Menores”, o qual consolidava as leis de assistência e proteção aos menores. Esse Decreto proibia o trabalho a menores de 12 anos e também aos que tinham idade entre 12 e 14 anos que não tivessem instrução primária. Porém havia uma lacuna nessa lei, quando o trabalho do menor fosse indispensável a sua subsistência ou de sua família, a autoridade competente o autorizava desde que recebesse instrução escolar. Ao abrir essa brecha para a introdução do menor no mercado de trabalho em condições não apropriadas, a legislação viabilizava a execução daquilo que parecia estar proibindo.¹⁸

Salienta-se, ainda, que um Habeas Corpus suspendeu a entrada em vigor do Decreto 17943-A, chamado “Código de Menores” por dois anos alegando que interferia na decisão das famílias de decidir o que era melhor para seus filhos e que só após o julgamento deste recurso é que o Decreto 17943-A pode entrar em vigor.¹⁹

Na Constituição de 1934 foi determinada a proibição do trabalho infantil para menores de 14 anos que, salvo ordem judicial, os menores poderiam ingressar no mercado de trabalho e também o trabalho noturno aos menores de 16 anos e insalubres aos menores de 18 anos. A Constituição de 1934, em seu título IV “Da Ordem Econômica e Social”, art. 121, §1º, 138 e 141, foi a primeira a tratar expressamente da proteção à infância e juventude.²⁰

O art. 138 da Constituição de 1934 incumbiu à União, Estados e Municípios o amparo à maternidade e à infância e a proteção à juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual. Ainda no art. 141 incumbiu à União, Estados e Municípios a destinação de 1% das rendas

¹⁶ BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e Regulamentações Especiais de Trabalho*. 4. ed. LTr: São Paulo, 2010, p. 288.

¹⁷ BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e Regulamentações Especiais de Trabalho*. 4. ed. LTr: São Paulo, 2010, p. 288.

¹⁸ DAL-ROSSO, Sadi; RESENDE, Mara Lúcia. *As Condições de Emprego do Menor Trabalhador*. 1. ed. Brasília: Thesaurus, 1986, p. 69.

¹⁹ GRUNSPUN, Haim. *O trabalho das crianças e dos adolescentes*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 53.

²⁰ BRASIL. Presidência da República. *Constituição Federal do Brasil de 1934*.

tributárias aos serviços da maternidade e da infância.²¹ Segundo Barros a Constituição de 1937 em seu art. 137, alínea “k” manteve as mesmas regras, repetindo a proibição de qualquer trabalho aos menores de 14 anos, noturno para menores de 16 e insalubres para menores de 18 anos.²²

A primeira versão da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) foi organizada no ano de 1943 onde reservou um capítulo ao trabalho infantil denominado “Da Proteção Do Trabalhador Menor” que definia como 14 anos a idade mínima para o trabalho e que foi mantido pelo artigo 227 da Carta Magna de 1988 e complementada por leis posteriores no que tange ao trabalho do aprendiz.²³

A Constituição de 1946 em seu art. 157 continuou a proibir o trabalho a menores de 14 anos e o noturno a menores de 18 anos. Em 1959 com a promulgação dos Direitos da Criança pela Assembleia das Nações Unidas foi dado impulso à proteção desses direitos. O princípio IX dessa declaração rege a proteção contra o abandono e a exploração no trabalho nos seguintes termos:

Princípio IX: A criança deve ser protegida contra todas as formas de abandono, crueldade e exploração, e não deverá ser objeto de qualquer tipo de tráfico. A criança não deverá ser admitida ao emprego antes de uma idade mínima adequada, e em caso algum será permitido que se dedique a uma ocupação ou emprego que possa prejudicar a sua saúde e impedir o seu desenvolvimento físico, mental e moral.²⁴

A Constituição de 1967 teve um grande retrocesso ao fixar em 12 anos a idade mínima para o trabalho e nesse sentido Arnaldo Sussekind destaca que que os juristas da área trabalhista nos últimos 15 anos clamavam pela “elevação da idade mínima, para o trabalho, a fim de restabelecer o tradicional limite de quatorze anos”. Por isso, para o autor “a adoção do limite de doze anos pela Carta Magna afronta a regra dominante no direito comparado e no Direito Internacional do Trabalho, que se fundamenta nas lições de biologia e visa a proporcionar a formação educacional do menor em níveis pelo menos razoáveis”. Sussekind conclama à reflexão dizendo que a solução deve ser dada pela educação e não por baixar o limite de idade para o ingresso no mercado de trabalho”, denunciando ainda que “nas Américas, somente Costa Rica e Jamaica, além do Brasil permitem o trabalho de criança e com doze anos de idade”.²⁵

²¹ ANDRADE, Carlos Eduardo Almeida Martins de. Evolução do combate ao trabalho infantil nas Constituições brasileiras. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011.

²² BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e Regulamentações Especiais de Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 288.

²³ CIPOLA, Ari. *O Trabalho Infantil*. 1. ed. São Paulo: Publifolha, 2001, p. 46.

²⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 269-270.

²⁵ SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 270.

Na Constituição de 1988 e no Estatuto da Criança e Adolescente o trabalho infantil só é permitido o “trabalho infantil a partir dos 14 anos de idade e a educação obrigatória também até os 14 anos”, o que na visão de Grunspun é coerente. Outra inovação vem com “a Emenda Constitucional nº 20 publicada em 15 de dezembro de 1998, proibiu qualquer trabalho a menores de 16 anos, modificando o art. 7º da Constituição Federal de 1988”. Por esta Emenda Constitucional o trabalho educativo só é permitido aos maiores de 14 anos, quatro horas por dia, nas atividades de aprendizagem coordenadas pelas entidades como Sesj, Senai, Sesc e Senac.²⁶

Atualmente, trabalho infantil é considerado, pela legislação brasileira, aquele realizado antes das idades mínimas permitidas, ou seja, antes dos 16 anos de idade, a não ser na condição de aprendiz, onde a idade mínima permitida é de 14 anos. É considerado, também, para alguns efeitos, trabalho infantil, aquele desenvolvido antes dos 18 anos, como é o caso dos trabalhos descritos na lista TIP (Piores Trabalhos Infantis)²⁷, o qual o Brasil ratificou através do Decreto Nº 6.481/2008 a Convenção nº 182 da OIT- Organização Internacional do Trabalho que trata das piores formas de trabalho infantil, onde o trabalho doméstico está incluído e para o qual a idade mínima permitida é de 18 anos de idade.²⁸

A UNICEF- Fundo das Nações Unidas para a Infância define o trabalho infantil a partir do conceito da OIT que diz que trabalho infantil é todo trabalho realizado por menor de 12 anos de idade em qualquer atividade econômica e entre 12 e 14 anos de idade nos trabalhos não leves e abaixo de 18 anos de idade nos trabalhos classificados na lista das piores formas de trabalho infantil classificados pela OIT.²⁹

A OIT- Organização Internacional do Trabalho interpreta o trabalho infantil em seu artigo 2º, item 3 da Convenção 138 da OIT de 27/06/1973 promulgada, no Brasil pelo Decreto Nº 4.134 de 15/02/2002, fixando como idade mínima não inferior à idade de conclusão da escolaridade compulsória, ou seja, não inferior a 15 anos. A Organização se refere, ainda, que para países-membros considerados muito pobres é admitido que seja fixada uma idade mínima de 14 anos para o trabalho. No artigo 3º, inc. I é recomendado que não seja inferior a 18 anos para admissão a emprego ou trabalho que possa prejudicar a saúde, a segurança e a moralidade do jovem e, ainda, no inc. III, autoriza o emprego ou trabalho a partir de 16 anos, desde que os jovens estejam protegidos por qualquer dos motivos anteriormente citados e que recebam instrução adequada ou treino vocacional. Em seu artigo 7º a Convenção permite o emprego ou o trabalho a jovens entre

²⁶ GRUNSPUN, Haim. *O trabalho das crianças e dos adolescentes*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 70.

²⁷ Entre os quais se citam: o trabalho doméstico, em carvoarias, em lixões, nos canaviais etc..

²⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Perguntas e Respostas sobre o Trabalho Infantil*

²⁹ BRASIL. Organização Internacional do Trabalho. *Promovendo Trabalho Decente*.

13 e 15 anos em serviços leves que não prejudiquem sua saúde ou o desenvolvimento, sua ida escolar, a participação em programas de orientação profissional, devendo a autoridade descrever as atividades e o tempo máximo diário de trabalho.³⁰

O art. 405, inciso I da CLT diz que ao menor não será permitido o trabalho nos locais e serviços perigosos ou insalubres, constantes de quadro para esse fim aprovado pelo Diretor Geral do Departamento de Segurança e Higiene do Trabalho. O quadro referido neste inciso refere-se a uma lista que pode ser encontrada no apêndice, anexo I da CLT. O artigo 405 da CLT remete-se ao art. 227 da Constituição Federal, caput e nos três primeiros incisos do parágrafo 3º, onde os princípios instituídos dizem que é dever de todos garantir às crianças e adolescentes o direito à vida, à saúde, a profissionalização entre outros e no parágrafo 3º que a profissionalização dependerá de alguns aspectos como a idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observando-se a proibição do trabalho noturno, insalubre ou perigoso aos menores de 18 anos e de qualquer trabalho aos menores de 16 anos, a não ser na condição de aprendiz a partir dos 14 anos.

A caracterização do trabalho infantil é considerada complexa devido a suas causas que variam de fatores econômicos a culturais e suas consequências em relação aos que são afetados pelo trabalho. O que se verifica é que não existe um consenso do que venha a ser trabalho infantil, podendo variar de um autor para outro, de entidades e também dos governos dos países.³¹

O trabalho exercido em condições degradantes ou forçado pode causar danos permanentes à saúde e ainda, priva a criança de educação e da infância sadia nos primeiros anos de vida. Ele prejudica o desenvolvimento físico, emocional e intelectual da criança, trazendo como consequência o analfabetismo.³²

O ECA- Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe em seu artigo 2º que considera criança a pessoa até 12 anos de idade incompletos e adolescente aquela entre 12 anos e 18 anos de idade e que, portanto, trabalhar nessa idade será considerado trabalho infantil.³³

³⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Convenção 138 de 27 de Junho de 1973 Promulgada no Brasil pelo Decreto 4.134 de 15 fev. 2002.*

³¹ SANTOS, Emylli Helmer. O trabalho infantil no Brasil: evolução, legislação e políticas visando sua erradicação. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, v. 124, out./dez. 2006, p. 95 – 124..

³² CACCIAMALI, Maria Cristina. Dilemas da erradicação do trabalho forçado no Brasil. *Doutrinas essenciais de Direitos Humanos*. São Paulo, v. 3, ago. 2011, p. 943.

³³ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. *Lei 8.069 de 13 de julho de 1990*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1.

2 OS DIREITOS DA CRIANÇA NA CONVENÇÃO DA ONU E NO DECRETO Nº 99.710/1990

O primeiro e principal documento sobre os Direitos da Criança é a Declaração de Genebra em 1924, sendo após consolidada na Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1959. Foi em 1924 que se teve a certeza de que era fundamental oferecer à criança uma proteção especial, sendo reconhecida, em 1948, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Civis Políticos e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que foram assinados e ratificados pelo Brasil.³⁴

Somente em 1919 com a criação do Tratado de Versalhes e as Conferências Internacionais do Trabalho realizados pela OIT é que o trabalho da mulher e do menor teve a devida atenção, o qual foi regulamentado a partir dos critérios da duração, da idade e das condições de insalubridade e periculosidade do serviço, observando-se, também, as condições fisiológicas da mulher antes e depois do parto e, ainda, o exercício de certas profissões que não condiziam com a moralidade. No Brasil, após a Constituição de 1891, umas das principais preocupações do Governo brasileiro foi normatizar o trabalho dos menores (Decreto nº 1.313, de 17 de janeiro de 1891), posteriormente consolidada no Código de Proteção e Assistência a Menores (Decreto nº 17.943, de 12 de outubro de 1927) que hoje constitui normas integrantes da CLT de regulamentos e portarias ministeriais.³⁵

A OIT expediu uma série de convenções e recomendações em 1919 sobre a proteção do trabalho da criança. Com a convenção de nº 5, em seu art. 2º estabeleceu a idade mínima de 14 anos para o trabalho na indústria, a qual foi ratificada pelo Brasil em 1934. A convenção de nº 6, do mesmo ano, promulgada pelo Decreto nº 423, de dezembro de 1935, proibiu o trabalho infantil nas indústrias, no período noturno. Já em 1921 a Convenção nº 10, fixou o limite de idade para o trabalho na agricultura A de nº 45 do ano de 1935 discorreu sobre o desemprego dos menores.³⁶

A Declaração Universal dos Direitos da Criança, criada em novembro de 1959 e editada pela ONU, estabelece em seu art. 2º que uma das principais finalidades, entre outras, está a proteção do trabalho para o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Cabe destacar, ainda, em seu art. 9º, alínea 2, a proibição de empregar crianças antes da idade mínima apropriada:

³⁴ BRASIL- Presidência da República Federativa do Brasil. **Trabalho infantil no Brasil**.

³⁵ GOMES, Orlando; GOTTSCALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 421.

³⁶ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 627-628.

Art. 9º, alínea 2. Não se deverá permitir que a criança trabalhe antes da idade mínima adequada. Em caso algum será permitido que a criança dedique-se, ou a ela se imponha qualquer ocupação ou emprego que possa prejudicar sua saúde ou sua educação, ou impedir seu desenvolvimento físico, mental ou moral.³⁷

A OIT teve outras convenções de grande relevância. Estas convenções dispuseram sobre a idade mínima para a admissão no trabalho, resultando em uma melhor política de erradicação do trabalho infantil, conforme segue: No ano de 1965 foi criada a Convenção nº 123 que dispõe sobre a capacidade de menores para trabalhos em minas de subsolo, no qual resultou o Decreto 67.342, de 1970. Em 1973, na convenção de número 138, ocorreram mudanças em várias áreas, sendo que uma das determinações foi a de que os países signatários devam seguir uma política nacional para a erradicação do trabalho dos menores, retardando ao máximo o início do jovem ao mercado de trabalho. Também determinou a idade mínima em 15 anos, onde antes eram 14 anos, ficando equiparado com o término da escolaridade primária. Quanto às atividades perigosas, a idade mínima foi elevada para 18 anos, podendo ser aos 16 anos, por meio da constatação de ausência de perigo.³⁸

A Convenção nº 182 de 1999 da OIT tinha como principal motivo eliminar as piores formas de trabalho infantil. Conforme dispositivo *in verbis* em seu art. 3º:

(a) Todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, como venda e tráfico de crianças, sujeição por dívida, servidão, trabalho forçado ou compulsório, inclusive recrutamento forçado ou compulsório, de crianças para serem utilizadas em conflitos armados; (b) utilização, demanda e oferta de criança para fins de prostituição, produção de material pornográfico ou espetáculos pornográficos; (c) utilização, demanda e oferta de criança para atividades ilícitas, particularmente para a produção e tráfico de drogas, conforme definidos nos tratados internacionais pertinentes; (d) trabalhos que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que são executados, são susceptíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança.³⁹

A Recomendação de nº 190 de 17 de junho de 1999 vem complementar a Convenção 182, dispondo sobre os objetivos de tais programas de ação entre outros:

³⁷ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 628.

³⁸ NASCIMENTO, Grasiela Augusta Ferreira. *A educação e o trabalho do adolescente*. Curitiba: Juruá. 2004, p. 31-33.

³⁹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT no Brasil – *Convenção 182*.

(a) identificar e denunciar as piores formas de trabalho infantil; (b) impedir a ocupação de crianças nas piores formas de trabalho infantil ou retirá-las dessas formas de trabalho, protegendo-as contra represálias e garantir sua reabilitação e integração social por meio de medidas que permitam atender suas necessidades educacionais, físicas e psicológicas; (c) dispensar especial atenção: I- as crianças mais jovens; II- às meninas; III- ao problema do trabalho oculto, em que as meninas estão particularmente expostas a riscos; e IV- a outros grupos de crianças que sejam particularmente vulneráveis ou tenham necessidades especiais; (d) identificar as comunidades em que haja crianças particularmente expostas a riscos, entrar em contato direto e trabalhar com elas; e; (e) informar, sensibilizar e mobilizar a opinião pública e grupos interessados, inclusive as crianças e suas famílias.⁴⁰

A Organização das Nações Unidas, em 1989, aprovou uma Convenção sobre Direitos das Crianças. Esta Convenção instituiu um novo padrão de proteção a crianças e adolescentes, decidindo que todas as crianças e adolescentes são sujeitos de direitos da chamada proteção integral. O Brasil, em 1990, ratificou este documento e fazendo com que tivesse vasta ratificação pelo mundo, só não sendo aceita pelos Estados Unidos e Somália. Esta Convenção por ter sido ratificada pelo Brasil, faz parte do ordenamento jurídico brasileiro fazendo que suas determinações tenham força vinculante e devam ser respeitadas por autoridades e pela sociedade.⁴¹

Nos últimos anos muitas normas internacionais foram empregadas para erradicar o trabalho infantil com o objetivo de motivar as comunidades internacionais sobre o dever de combater e erradicar essa violação. Dentre elas cita-se o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em 1966 em seu art. 10, inc. 3º que teve como objetivo adotar medidas especiais de proteção e assistência em prol das crianças, sem nenhuma distinção e contra exploração econômica e social; a Convenção 138 da OIT em 1973 que dispôs sobre a idade mínima para admissão ao trabalho; a Convenção dos Direitos da Criança em 1989 que expressa em seu art. 32 o direito à proteção contra exploração econômica e trabalhos perigosos, nocivos à saúde e seu desenvolvimento físico, mental, moral, social e espiritual e em 1999 a OIT adotou uma nova norma: a Convenção 182 que dispõe sobre as piores formas de trabalho a qualquer pessoa menor de 18 anos. O trabalho infantil deve ser eliminado, pois é uma violação aos direitos humanos, sendo que atinge os princípios e direitos fundamentais do trabalho configurando uma oposição ao trabalho decente.

⁴⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT no Brasil. *Recomendação 190*.

⁴¹ BRASIL. *Projeto Criança e Consumo*.

A Convenção sobre os Direitos das Crianças foi adotada pela Assembleia Geral das Nações em 20 de novembro de 1989 para as crianças de todo o mundo, sendo que no ano seguinte, o documento foi regularizado como documento internacional. Esta Convenção foi considerada como instrumento de direitos humanos mais reconhecido na história. A Convenção foi ratificada por 191 países, dos quais somente os Estados Unidos e a Somália não a ratificaram.⁴²

A Convenção surgiu do amadurecimento da comunidade internacional que verificou a obrigação de se assegurar e cumprir os direitos da criança, com a finalidade de que as crianças de hoje tivessem melhores condições para criarem no futuro uma classe social mais justa e mais humana. A comunidade internacional também considerou a ideia de respeitar os direitos da criança para poder deter o processo que resulta na morte, desnutrição, ignorância, violência, abuso e na exploração de milhares de crianças no mundo. A Convenção teve como fontes a Declaração de Genebra dos Direitos da Criança (1924), a Declaração Universal sobre os Direitos do Homem (1948), a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e o Pacto de São José da Costa Rica (1969).⁴³

Foi através da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, que foi reconhecido de que a criança deveria ser objeto de dedicação e cuidados especiais. Essa verificação ficou prevista em seu art. XXV, 2 que diz: "a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social".⁴⁴

Outros órgãos internacionais como a Conferência de Haia de Direito Internacional Privado e a Organização dos Estados Americanos também procuraram garantir à criança maior proteção, empenhando-se na regulamentação constante em vários aspectos da vida das crianças, dedicação esta que persiste até hoje em assuntos como alimentos, guarda de filhos, tutela, adoção etc.⁴⁵

No entendimento de Sérgio de Souza a sociedade deve respeitar os direitos da criança, pois respeitando dará liberdade e dignidade aos jovens, criando condições para que possam desenvolver todas as suas capacidades e preparar-se para uma vida adulta plena e suficiente. O respeito aos direitos humanos inicia com a maneira pela qual a sociedade trata suas crianças.⁴⁶

⁴² BRASIL- Presidência da República Federativa do Brasil. **Convenção Internacional da ONU dos Direitos da Criança**. Brasília, 1990.

⁴³ CAMPELLO, Mauro. A Convenção sobre os Direitos da Criança: seu caráter de lei internacional e sua vigência.

⁴⁴ CAMPELLO, Mauro. A Convenção sobre os Direitos da Criança: seu caráter de lei internacional e sua vigência.

⁴⁵ MÔNACO, Gustavo Ferraz De Campos. O Décimo-Quinto Aniversário Da Convenção Sobre Os Direitos Da Criança - Contributo Para O Aprofundamento E Implementação Do Direito Internacional Dos Direitos Humanos. Doutrinas Essenciais De Direitos Humanos. São Paulo, V. 6, Ago. 2011, P. 699-718.

⁴⁶ SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. **Os direitos da criança e os direitos humanos**. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p.

Em 22 de setembro de 1990 o Brasil ratificou a Convenção 44/25 sobre os Direitos da criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, no qual entrou em vigor em 23 de outubro de 1990. A ratificação se deu por meio do Decreto nº 99.710/90 após a aprovação pelo Decreto Legislativo nº 28/1990.⁴⁷

O Brasil como pioneiro na ratificação da normativa dos direitos humanos e inserindo-a no ordenamento jurídico através do Decreto 99.710 de 21 de novembro de 1990, estava ciente que naquele momento nasceria a obrigatoriedade do cumprimento ao princípio fundamental da Convenção: o interesse maior da criança, na forma dominante de seu art. 3º:

1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.⁴⁸

O princípio do melhor interesse da criança é decisivo ao incumbir ao Estado a obrigação de colocar a criança e o adolescente acima de todos os seus interesses, com primazia absoluta, conforme norma constitucional regulada no art. 227, com o dever social, moral e ético, e que deve ser compartilhado com a sociedade, com as famílias e com todo o povo brasileiro, como um dever de todos:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁴⁹

O Estatuto da Criança e do Adolescente é uma das mais avançadas legislações no sentido da aplicação do princípio do melhor interesse da criança. Além do ECA tem-se, também, outras normas de proteção à criança e o adolescente, como o Código Civil em seu art. 225 em que se percebe a clara intensão

⁴⁷ BRASIL- Presidência da República Federativa do Brasil. **Decreto Nº 99.710**.

⁴⁸ BARBOSA, Hélia. A Arte De Interpretar O Princípio Do Interesse Superior Da Criança e do Adolescente à Luz do Direito Internacional Dos Direitos Humanos. Revista De Direito Da Infância e Da Juventude. São Paulo, Vol. 1, Jan. - Jun. 2013, P. 17-33.

⁴⁹ BARBOSA, Hélia. A Arte De Interpretar O Princípio Do Interesse Superior Da Criança E Do Adolescente À Luz Do Direito Internacional Dos Direitos Humanos. Revista De Direito Da Infância e Da Juventude. São Paulo, V. 1, Jan. - Jun. 2013, P. 17-33.

do legislador em proteger os interesses patrimoniais dos menores sob o pátrio poder e o Código Penal em seus arts. 213 (estupro), Art. 214 (atentado violento ao pudor), Art. 227 (crimes correlatos como o Lenocínio), Art. 228 (favorecimento à prostituição), Art. 229 (manutenção de casas de prostituição), Art. 230 (rufianismo), Art. 231 (tráfico de mulheres), e Art. 247 (abandono moral).⁵⁰

3 A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO DO BRASIL E AÇÕES PARA ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL

No ano de 2006 o Brasil assumiu perante a Organização Internacional do Trabalho (OIT) que erradicaria as piores formas de trabalho infantil até o ano de 2015 e todas as suas formas até o ano de 2020. Mas para que essa meta seja cumprida deve ser observada a implementação séria e consistente do programa nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil (PETI) que deve ter como primazia o acesso à educação de qualidade a todas as crianças, sem nenhum tipo de exclusão. A missão de erradicar o trabalho infantil não deve ser somente do governo, mas também, das instituições governamentais e não governamentais, que se comprometem com a sociedade, e, acima de tudo, de toda a sociedade brasileira. Não se podendo esquecer de que a Justiça do Trabalho e seus juízes têm papel importante nessa missão. ⁵¹

Segundo pesquisa feita pela OIT (Organização Internacional do Trabalho) através de um relatório de estimativas e tendências mundiais, estima-se que há 168 milhões de crianças e adolescentes de 5 a 17 anos, no mundo, submetidos ao trabalho infantil e calcula-se que mais da metade trabalham naquelas que são consideradas as piores formas de trabalho infantil. No Brasil, segundo dados da PNAD (Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílios) que pertence ao IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) a última pesquisa feita em 2013, revelou que ainda existem 3,188 milhões de crianças e adolescentes na faixa etária de 5 a 17 anos trabalhando. A PNAD mostra que deste total, 506 mil estão na faixa de 5 a 13 anos, enquanto 2,681 milhões estão na faixa de 14 e 17 anos, quando só é permitido em sistema de aprendizagem. ⁵²

⁵⁰ Pereira, Tânia Da Silva; Melo, Carolina De Campos. Infância E Juventude: Os Direitos Fundamentais e os Princípios Constitucionais Consolidados na Constituição de 1988. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 6, 2003, p. 267.

⁵¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Cartilha Primeiro Olhar*.

⁵² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Estatística*.

A PNAD (Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílios) mostrou, também, que o trabalho infantil cresceu no Brasil em 2014. Segundo o IBGE, o número de crianças de 5 a 13 anos aumentou 9,3% em relação a 2013, sendo que as de 14 a 17 anos o aumento foi de 3,6% no mesmo período como mostra a tabela a seguir:⁵³

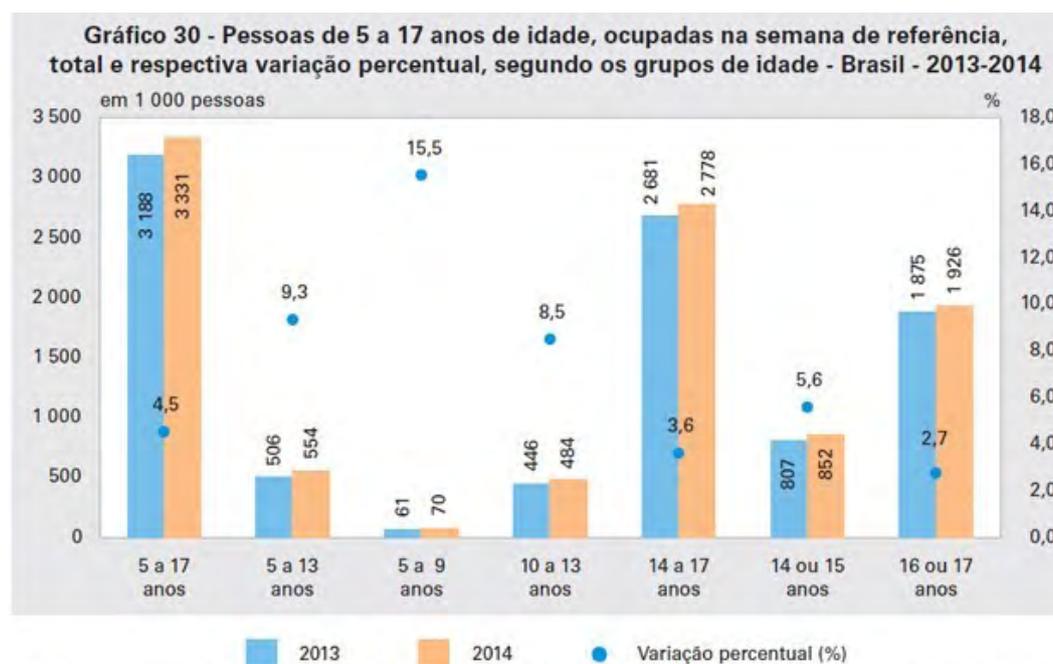


Gráfico 1 - Pessoas de 5 a 17 anos de idade, ocupadas na semana de referência, total e respectiva variação percentual, segundo os grupos de idade- Brasil 2013-2014

Fonte: G1 Globo 54

⁵³ CAOLI, Cristiane. Em 2014, Havia 554 Mil Crianças De 5 A 13 Anos Trabalhando, Aponta IBGE. Jornal Globo G1, São Paulo, Nov. 2015.

⁵⁴ Em 2014, Havia 554 Mil Crianças De 5 A 13 Anos Trabalhando, Aponta Ibge. G1 Globo. 13 De Nov. 2015, Economia.

Em relação às regiões do Brasil, a PNAD (Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílios) constatou que a região Nordeste foi a que apresentou um maior crescimento de crianças e adolescentes de 5 a 17 anos em ocupação, no período de 2013 à 2014, com aumento de 1 ponto percentual, que em números representa 1,057 milhão de trabalhadores infantis, enquanto as demais regiões o aumento foi de 0,6 pontos percentuais, ou seja, região Sul, 524 mil; região Norte, 368 mil; Centro-Oeste, 239 mil e que somente a região Sudeste apresentou um aumento no percentual de 0,4, que representa 1 milhão de trabalhadores infantis, conforme tabela a seguir:⁵⁵

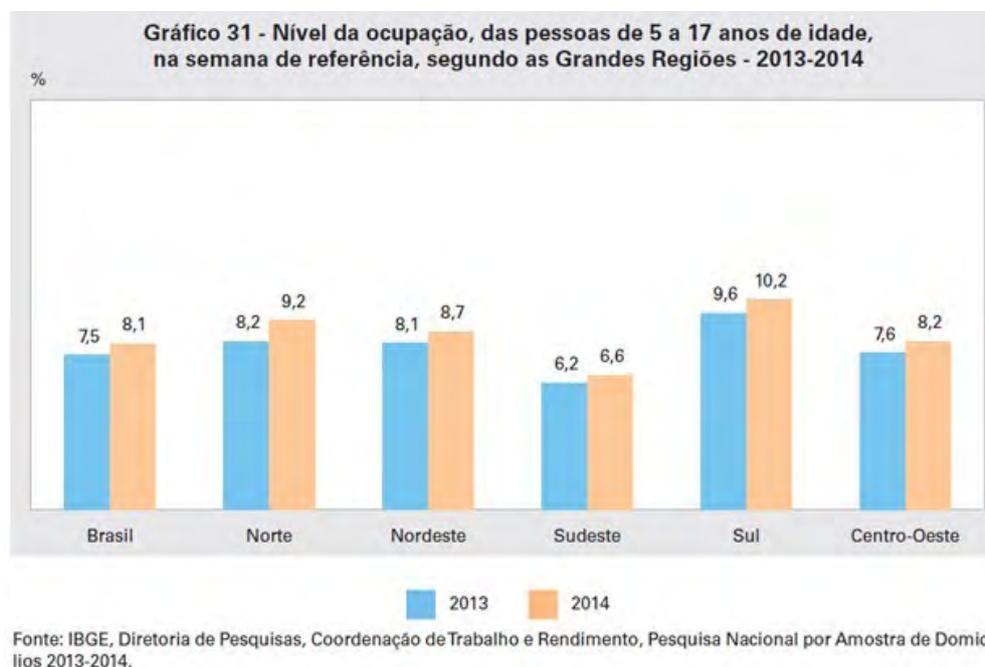


Gráfico 2- Nível da ocupação, das pessoas de 5 a 17 anos de idade, na semana de referência, segundo as grandes regiões-2013-2014
Fonte: G1 Globo ⁵⁶

⁵⁵ CAOLI, Cristiane. Em 2014, Havia 554 Mil Crianças De 5 A 13 Anos Trabalhando, Aponta IBGE. Jornal Globo G1, São Paulo, Nov. 2015.

⁵⁶ Em 2014, Haviam 554 Mil Crianças de 5 A 13 anos trabalhando, aponta IBGE. G1 Globo. 13 De Nov. 2015, Economia.

Nesse sentido o Tribunal Superior do Trabalho (TST) argumenta que a erradicação do Trabalho Infantil deve ser prioridade da humanidade e que o indivíduo somente poderá assumir um lugar digno na sociedade quando for garantido a ele um desenvolvimento seguro e sadio na sua formação. A criança deve ser afastada do trabalho sendo-lhe assegurados meios para que possa ter lazer, educação de qualidade e uma infância plena e feliz. O TST comprometeu-se internacionalmente a eliminar todo trabalho infantil até 2020 e as piores formas até 2015.⁵⁷

Antes da Emenda Constitucional 45/2004 a competência para julgar o trabalho infantil era do Juiz da Infância e da Juventude, como estabelecido na própria legislação trabalhista, porém após o advento da referida Emenda Constitucional a competência da Justiça do Trabalho foi expandida consideravelmente para torná-la uma justiça de todos os trabalhadores, não sendo apenas uma justiça de empregados ou desempregados, como é mais comum, mas que também possa tratar dos assuntos como a autorização ou desautorização do trabalho infanto-juvenil.⁵⁸

O juiz do Trabalho, através de suas atividades tem o discernimento para identificar e delatar a prática de exploração do trabalho infantil. Os juízes devem estar informados e conscientes de suas decisões. Por isso é que a Justiça do Trabalho e seus juízes têm a competência para apreciar os pedidos de autorização para o trabalho de crianças e adolescentes. Após a Emenda Constitucional 45/2004, a competência material da Justiça do Trabalho foi ampliada, substituindo-se a expressão “trabalhador x empregador”, o qual enfocava somente o contrato de trabalho subalterno, pela expressão “relação de Trabalho”, no qual se inclui, também, a relação de trabalho da criança.⁵⁹

A partir da formação da Comissão pela Erradicação do Trabalho Infantil do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) e do Tribunal Superior do Trabalho (TST), a Justiça do trabalho passou a integralizar a luta pela erradicação do trabalho infantil. O CSJT e o TST colaboraram para organizar diversos seminário com temáticas sobre erradicação do trabalho infantil conclamando todos os magistrados do trabalho para este compromisso humanitário. Em síntese, o objetivo era mostrar que a decisão de cada juiz é uma decisão em prol da criança e adolescente e que cada um deve ver na decisão uma ferramenta valiosa e, que além de ver, possa enxergar para poder posicionar-se, informando, delatando e lutando para exterminar esse dano social.⁶⁰

⁵⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Comissão Trabalho Infantil..

⁵⁸ OLIVA, José Roberto Dantas. Competência para (des) autorizar o trabalho infantil.

⁵⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Cartilha Primeiro Olhar.

⁶⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Cartilha Primeiro Olhar.

O Seminário “Erradicação do Trabalho Infantil, Aprendizagem e Justiça do Trabalho” realizado nos dias 09, 10 e 11 de outubro de 2012 teve grande significado tanto pelos conteúdos abordados objetivando desencadear uma ampla discussão sobre o tema, bem como pela presença de mais de mil e duzentos participantes entre magistrados, servidores da Justiça do Trabalho, membros do Ministério Público e advogados ativistas. O Seminário teve como conclusão, a Carta de Brasília que foi um documento convocatório a toda sociedade brasileira a fim de combater o trabalho infantil. Na Carta de Brasília, os participantes expressam “perplexidade e preocupação com os números ainda elevados do trabalho infantil no País: cerca de três milhões e seiscentos mil crianças, com discreto aumento na faixa dos 10 aos 13 anos”. No documento mostram que este número elevado mostra a “insuficiência das políticas públicas atuais para extirpar essa chaga social”. Alertam que a “exploração do trabalho infantil constitui grave violação dos direitos humanos” e que o Brasil precisa cumprir “as normas das Convenções números 138 e 182 da Organização Internacional do Trabalho”, visto que as ratificou internamente o que equivale a uma lei interna.⁶¹

A Carta de Brasília deixa claro que a competência material é da Justiça do Trabalho e que só ela pode “decidir sobre autorização para trabalho de criança e do adolescente” conforme legislação já discutida neste estudo. Conclama à todos envolvidos auxiliar na “implementação do Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil” com destaque para que os incentivos de contratos de aprendizagem não sejam distorcidos com a exploração do trabalho infantil, mas sim, sejam utilizados para a “capacitação e à profissionalização do jovem trabalhador” como espaço democrático de aprendizagem. Por fim, há um repúdio expresso pelo “trabalho infantil doméstico, que atinge particularmente o universo infantil feminino” e um alerta para que todos se comprometam a “rechaçar a aprovação dos Projetos de Emenda Constitucional nº 18 e 35 de 2011, que propõe a redução da idade mínima de trabalho para catorze anos, em inaceitável retrocesso social”. No mesmo documento, é instituído o dia 12 de outubro, dia da criança, para ser um dia nacional de luta pela erradicação do trabalho infantil.⁶²

A autorização do trabalho infantil em nenhuma hipótese deve ser concedida pelo juiz do trabalho aos menores de 16 anos de idade sendo que há vedação constitucional e infraconstitucional. No entanto, o artista infanto-juvenil com idade inferior a mínima pode, em casos excepcionais e com garantias de proteção integral, conseguir autorização do juiz para o trabalho, em face da previsão do artigo 8º da Convenção 138 da OIT. Ao contrário do que trata o artigo 405, §2º da CLT, configura-se, também, impossibilidade jurídica do pedido, o de autorização para crianças trabalharem em ruas, praças e logradouros,

⁶¹ CORRÊA, Lélío Bentes. O Desafio da erradicação do Trabalho Infantil e o papel da Magistratura do Trabalho. *Revista TST*. Brasília, v. 79, jan.-mar. 2013, p. 20-21.

⁶² CORRÊA, Lélío Bentes. O Desafio da erradicação do Trabalho Infantil e o papel da Magistratura do Trabalho. *Revista TST*. Brasília, v. 79, jan.-mar. 2013, p. 20-21.

ou em trabalho noturno, insalubre, com periculosidade, penoso ou prejudicial a sua formação moral, aos que não completaram 18 anos de idade em razão de impedimento constitucional e ainda por estarem listados na lista das Piores formas de Trabalho Infantil (Lista TIP).⁶³

A tese de Oliva é de que não deve ser dada autorização para o trabalho antes da idade prevista no art. 7º, inciso XXXIII, da Carta Magna, a não ser em casos como o previsto no art. 8º, inc. I da Convenção 138 da OIT. Para o autor, a competência para autorizações judiciais é da Justiça do Trabalho, porém se a petição inicial ou o pedido forem indeferidos de plano, o Juiz do trabalho deverá observar o disposto no art. 221 do Estatuto da Criança e do Adolescente que diz: “Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura de ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis”. Isso dependerá do caso, podendo surgir uma relação de dependência, cabendo ao juiz competente, depois de tomadas as providências, determinar as medidas emergentes e de proteção integral própria da espécie.⁶⁴

Em face desse conflito de competências, a ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho) em 10/08/2015 ajuizou a ADPF 361 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) ao Supremo Tribunal Federal, pedindo a concessão da liminar para a suspensão dos dispositivos do art. 405, parágrafo 2º e caput do art. 406 ambas da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), bem como o art. 149, Inc. II da Lei 8.069/90, ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente). A argumentação da liminar é de que estes dispositivos não teriam sido acolhidos pela EC 45/2004, o qual confere à Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar toda e qualquer ação de relação de trabalho em seu art. 114, Inciso I. A ANAMATRA relata em sua petição inicial que há controvérsias sobre quais seriam os órgãos da justiça competentes para processar e julgar pedidos de autorização de trabalho infanto-juvenil, sendo que a incerteza jurídica não deve pairar. A associação salienta que o cabimento da ADPF é fundamental por entender-se de inconstitucionalidade de norma legal.⁶⁵

Ações como a interposta na 63ª Vara do Trabalho de SP, processo nº 00017544920135020063, são muito comuns e geram dúvidas em relação à competência. É o caso da empresa Centro Mix Mixagem e Produções Artísticas Ltda. que solicitou autorização para que menores de idade, citados na ação, conseguissem realizar trabalhos de dublagem, visto que não tinham a idade mínima de 16 anos e tampouco tinham condição de aprendizes. A 63ª Vara do Trabalho de SP decidiu pela incompetência da JT para examinar a matéria ordenando a remessa dos autos à Justiça Comum para ser distribuído a uma das

⁶³ OLIVA, José Roberto Dantas. *Competência para (des) autorizar o trabalho infantil*.

⁶⁴ OLIVA, José Roberto Dantas. *Competência para (des) autorizar o trabalho infantil*.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF discute competência da Justiça do Trabalho para autorização de trabalho a menores*.

Varas da Infância e Juventude. O MPT interpôs recurso ordinário protestando a nulidade da decisão. A Terceira Turma do TRT da 2ª Região de São Paulo acolheu o recurso interposto pelo MPT e entendeu que a competência para examinar pedido de autorização para o trabalho de menores é da Justiça do Trabalho e não da Justiça Comum, baseado na nova redação do art. 114, inc. I da Constituição Federal, onde consolida à Justiça do Trabalho a competência para julgar quaisquer ações provenientes da relação de trabalho.⁶⁶

Nesse sentido, segue jurisprudência no que se refere à competência da Justiça do Trabalho:

EMENTA:COMPETÊNCIA PARA APRECIÇÃO DO PLEITO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA TRABALHO INFANTIL - É da Justiça do Trabalho a competência para apreciar pedido de autorização para ocorrência de trabalho por menores, que não guardam a condição de aprendizes nem tampouco possuem a idade mínima de dezesseis anos. Entendimento que emana da nova redação do artigo 114, inciso I, da Lex Fundamentalís.⁶⁷

O Ministério Público do Trabalho (MPT) ajuizou ação em desfavor do Município de Chapadinha- Maranhão, alegando que política pública é de competência da Justiça do Trabalho, visto que o litígio transcorre de relação de trabalho, não regular de crianças e adolescentes do município que estão sendo prejudicados em seus direitos de não trabalhar e não serem exploradas. O MPT postulou diversas políticas públicas em favor às crianças e adolescentes das quais citam-se verbas para o Fundo Municipal destinados aos menores, realização de programas sociais entre outros. O TRT de MA manteve a sentença de 1ª instância decretando que a JT seria incompetente para julgar esse tipo de ação em face de que a criação de direitos a partir de sentença judicial seria intervenção no orçamento público cuja competência é privativa do Executivo, enquanto os outros pedidos seriam de natureza administrativa. Foi interposto Recurso de Revista e a segunda Turma do TST, por maioria dos votos, declarou a competência da JT para processar e julgar a ação Civil Pública interposta pelo MPT determinando o retorno dos autos à 1ª instância para prosseguir o julgamento da ação, conforme decisão que segue:¹

Processo: RR32100-09.2009.5.16.0006

Decisão: por maioria, conhecer do recurso de revista por violação do artigo 114, I e IX, e 227 da Constituição Federal e, no mérito, dar-lhe provimento para afastar a declaração de incompetência da Justiça do Trabalho quanto aos pedidos relativos à ação civil pública e determinar o retorno dos autos ao MM. Juízo de Primeiro Grau, para que prossiga no julgamento do feito, como entender de direito. Vencido o Exmo. Ministro Renato de

⁶⁶ BRASIL. Tribunal Superior Do Trabalho. Justiça Do Trabalho Estabelece Sua Competência Para Autorizar Trabalho De Menores.

⁶⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário n. 00017544920135020063. Relatora Desembargadora Rosana de Almeida Buono. Data do Julgamento: 10 dez. 2013.

Lacerda Paiva. OBS.: Redigirá o acórdão o Exmo. Ministro José Roberto Freire Pimenta. Juntará voto divergente o Exmo. Ministro Renato de Lacerda Paiva.²

Dentre as ações da Justiça do Trabalho registra-se o lançamento de documentos, como: a Cartilha Primeiro Olhar, a Cartilha 50 Perguntas e Respostas, a revista “Trabalho Infantil, nem de brincadeira!” da Turma da Mônica escrita por Maurício de Souza, a elaboração de projetos legislativos com o devido acompanhamento, a participação da III Conferência Global do Sistema Judicial, a criação do programa de combate ao trabalho infantil no âmbito da Justiça do Trabalho, a nomeação de gestores regionais nos 24 TRTs entre outras. Estas ações tentam informar, impactar e chamar a atenção da opinião pública buscando priorizar a atuação coletiva e individual de maneira prioritária para esse fato.⁶⁸

Alguns Tribunais do Trabalho tiveram iniciativas próprias como são os casos do TRT da 2ª região no Ato GP 15/2013 (Ato do Gabinete da Presidência) de 05/07/2013 que estabeleceu ações para colaborar com a erradicação do trabalho infantil e as análogas a de escavo, instaurou o Juízo Auxiliar da Infância e Juventude, indicou gestores para o programa de Combate ao Trabalho Infantil do CSJT e TST entre outros. O órgão Especial do TRT da 15ª Região autorizou a criação de 10 JEIAs (Juizados Especiais da Infância e Adolescência) e o TRT da 21ª Região instaurou um Juízo Especial da Infância e Juventude.⁶⁹

O Programa de Combate ao Trabalho Infantil, pelo TST (Tribunal Superior do Trabalho), desde 2012 vem comprometendo-se na luta para transformar essa realidade proporcionando cursos técnicos, seminários, debates e publicações, sendo que já contou com grandes parcerias de instituições e personalidades em ações de marketing de enorme repercussão social. A campanha pretende ajudar a transformar a nossa cultura, mostrando que o trabalho infantil existe e muito e que precisa ser abolido. A campanha foi dividida em três etapas com a intensão de acarretar reflexões sobre o problema por diferentes pontos de vista. Na primeira etapa são apresentadas três das piores formas de trabalho infantil, ou seja, nas carvoarias, no trabalho doméstico e em lixões, demonstrando que o abuso de mão de obra de crianças e adolescentes é uma realidade e está mais perto das pessoas do que elas imaginam; já a segunda etapa vai mostrar os principais mitos sendo desconstruídos com elementos concretos e mostrando os prejuízos do trabalho na infância e por último, a terceira etapa buscará impulsionar as crianças para uma nova realidade prezando pelo direito à infância.⁷⁰

⁶⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Estatísticas**.

⁶⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Estatísticas**.

⁷⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Combate ao Trabalho Infantil**.

Deparar-se com a triste realidade e o número assustador de trabalho infantil no mundo, mas principalmente no Brasil, percebe-se que cada vez mais é dever, não só o Estado, mas de todos como cidadãos brasileiros encontrar o caminho para erradicação do trabalho infantil e nessa esteira de proteção do melhor interesse das crianças e adolescentes está o judiciário que vem atuando de maneira significativa fazendo com que a exploração do trabalho infantil seja ceifada, através de suas decisões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho infantil ainda é, no mundo e principalmente no Brasil, um problema muito grave que abrange milhares de crianças. Essas, ao longo da etapa da “infância” passam por profundas transformações físicas, emocionais e cognitivas. Esta etapa é deveras importante e complexa para existência humana onde se apresentam várias questões que devem ser devidamente administradas para se obter uma vida adulta saudável. Todavia, o trabalho infantil não se restringe somente às crianças, alcançando também adolescentes.

O estudo demonstra que o trabalho infantil ocorre com a exploração da mão de obra infantil, onde crianças e adolescentes são impulsionados ao trabalho precoce muitas vezes em razão das condições financeiras da família. Essas, por conta das situações em que são expostas, restam prejudicadas quanto ao seu crescimento social, intelectual e físico. Observou-se também que em países mais pobres, como é o caso do Brasil, a situação econômica tem influência direta na existência de milhares de crianças e adolescentes trabalhando, principalmente expostas a situações de penúria e desrespeito a suas condições básicas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Verificou-se que as construções legislativas internacionais sobre o tema do trabalho infantil buscam a sua eliminação, pois é uma violação aos direitos humanos, sendo que atinge os princípios e direitos fundamentais do trabalho configurando uma oposição ao trabalho decente. Por isso, pode-se dizer que as inúmeras normas nacionais e internacionais apresentadas para erradicar o trabalho infantil ainda carecem de efetividade, tanto no Brasil como em vários países que desrespeitam esse direito inalienável da criança e adolescente.

Por outro lado, o presente artigo também mostra o compromisso assumido para o combate e extinção do trabalho infantil e que este deve ser de todos, como: magistrados, advogados, empresários, entidades governamentais e não governamentais. Cidadãos em geral tem uma missão importante para transformar estes documentos legais em ações e fazer com que se possa exterminar a chaga que é o trabalho infantil, almejando um futuro em que seja possível ver nossas crianças e adolescentes serem tratadas com dignidade e terem seus direitos respeitados para crescerem saudáveis e com a possibilidade de um futuro digno.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Hélia. A arte de interpretar o princípio do interesse superior da criança e do adolescente à luz do direito internacional dos direitos humanos. *Revista de Direito da Infância e da Juventude*. São Paulo, vol. 1, jan. - jun. 2013, p. 17-33.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*, 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL- Presidência da República. *Convenção Internacional da ONU dos Direitos da Criança*. Brasília, 1990: Disponível em: <http://www.novodiacipa.org/documents/docs/convencao_internacional_da_onu_dos_direitos_da_crianca.pdf> . Acesso em: 30 set. 2016.

_____, Presidência da República. *Constituição Federal de 1988*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____, Presidência da República. *Decreto Nº 99.710*. Brasília, 1990: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm> . Acesso em: 30 set. 2016.

_____, Presidência da República. *Trabalho infantil no Brasil*. Brasília, 1998: Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/ex-presidentes/fernando-henrique-cardoso/publicacoes-1/trabalho-infantil-no-brasil-questoes-e-politicas>>. . Acesso em: 30 set. 2016.

_____, Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil. *CONAETI*. Disponível em: <<http://www.mtps.gov.br/fiscalizacao-combate-trabalho-infantil/comissao-nacional-de-erradicacao-do-trabalho-infantil-conaeti/plano-nacional-de-prevencao-e-erradicacao-do-trabalho-infantil-e-protecao-do-adolescente-trabalhador>>.. Acesso em: 30 set. 2016.

_____, Presidência da República. *Decreto- Lei N.º 5.452, de 1º de maio de 1943* - Consolidação das Leis do Trabalho Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 30 set. 2016.

_____, Estatuto da Criança e do Adolescente. *Lei 8.069 de 13 de julho de 1990*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____, Ministério Público do Trabalho e da Previdência Social. **Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção do Trabalhador Adolescente**. Disponível em: <<http://www.mtpps.gov.br/images/Documentos/trabalho infantil/planonacional.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

_____, Supremo Tribunal Federal. **ADPF discute competência da Justiça do Trabalho para autorização de trabalho a menores**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298468&caixaBusca=N>>. Acesso em: 30 set. 2016.

_____, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Recurso Ordinário n. 00017544920135020063**. Relatora Desembargadora Rosana de Almeida Buono. Data do Julgamento: 10 dez. 2013. Disponível em: <http://www.mtpps.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_ci_trabalho_infantil/ti_jurisprudencia_trabalho_infantil/TRT-SP%20-%20Processo%20n%C2%BA%200017544920135020063%20-%20Ac%C3%B3rd%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 30 set. 2016.

_____, Tribunal Regional do Trabalho. **Informações sobre a realidade do trabalho infantil no Brasil e no Rio Grande do Sul são apresentadas no TRT-RS**. Disponível em: <<http://trt4.jus.br/portal/portal/trt4/comunicacao/noticia/info/NoticiaWindow?cod=1151066&action=2&destaque=false&filtros=INSTITUCIONAL>>.

_____, Tribunal Regional do Trabalho. **Trabalho infantil é forma de discriminação contra mais pobres**. Disponível em: <<http://www.trt12.jus.br/portal/areas/ascom/extranet/noticias/2015/junho.jsp#n16>>. Acesso em: 30 set. 2016.

_____, Tribunal Regional do Trabalho. **TRT4 e MPT-RS promovem campanha contra o trabalho infantil na partida entre Grêmio e Atlético Paranaense**. Disponível em: <<http://trt4.jus.br/portal/portal/trt4/comunicacao/noticia/info/NoticiaWindow?cod=1154064&action=2&destaque=false&filtros=INSTITUCIONAL>>. Acesso em: 30 set. 2016.

_____, Tribunal Superior do Trabalho. **Cartilha Primeiro Olhar**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/3284284/o/Cartilha+Primeiro+Olhar>>. Acesso em: 30 set. 2016.

_____, Tribunal Superior do Trabalho. **Combate ao Trabalho Infantil**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/combate/trabalho infantil/inicio>>. Acesso em: 30 set. 2016.

_____, Tribunal Superior do Trabalho. **Comissão Trabalho Infantil**. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/web/comissao-trabalho-infantil>>. Acesso em: 30 set. 2016.

_____, Tribunal Superior do Trabalho. **Estatísticas**. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/documents/3284284/55e4aa06-aaa1-4a34-930d-83ec8ad2693f>>. Acesso em: 30 set. 2016.

_____, Tribunal Superior do Trabalho. **JT é competente para julgar ação do MPT sobre políticas municipais contra trabalho infantil**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/jt-e-competente-para-julgar-acao-do-mpt-sobre-politicas-municipais-contra-trabalho-infantil>. Acesso em: 30 set. 2016.

_____, Tribunal Superior do Trabalho. **Justiça Do Trabalho Estabelece Sua Competência Para Autorizar Trabalho De Menores**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89dk/content/justica-do-trabalho-estabelece-sua-competencia-para-autorizar-trabalho-de-menores> . Acesso em: 30 set. 2016.

_____, Tribunal Superior do Trabalho. **Perguntas e Respostas sobre o Trabalho Infantil**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/3284284/0/Perguntas+e+respostas+sobre+trabalho+infantil>>. Acesso em: 30 set. 2016.

_____, Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 32100-09.2009.5.16.0006**. Relator Desembargador Renato de Lacerda Paiva. Data do julgamento: 11 set. 2015. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do;jsessionid=Boo16885570FED04EEB2316C6C18DB35.tst33?conscsjt=&numeroTst=32100&digitoTst=09&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=16&varaTst=0006&consulta=Consultar>> . Acesso em: 30 set. 2016.

CACCIAMALI, Maria Cristina. Dilemas da erradicação do trabalho forçado no Brasil. **Doutrinas essenciais de Direitos Humanos**. São Paulo, v. 3, ago. 2011, p. 943. Disponível em: < <http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad818150000014e7565756eb3f34496&docguid=lc5df1790e82d11e1b70f010000000000&hitguid=lc5df1790e82d11e1b70f010000000000&spos=1&epos=1&td=17&context=46&startChunk=1&endChunk=1>> . Acesso em: 25 jul. 2016.

CAMPELLO, Mauro. **A Convenção sobre os Direitos da Criança: seu caráter de lei internacional e sua vigência.** Disponível em: <<http://www.tjrr.jus.br/index.php/noticias/474-a-convencao-sobre-os-direitos-da-crianca-seu-carater-de-lei-internacional-e-sua-vigencia>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

CAOLI, Cristiane. Em 2014, havia 554 mil crianças de 5 a 13 anos trabalhando, aponta IBGE. **Jornal Globo G1**, São Paulo, nov. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/11/em-2014-havia-554-mil-criancas-de-5-13-anos-trabalhando-aponta-ibge.html>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

CIPOLA, Ari. **O Trabalho Infantil**. 1. ed. São Paulo: Publifolha, 2001.

DAL-ROSSO, Sadi; RESENDE, Mara Lúcia. **As Condições de Emprego do Menor Trabalhador**. 1. ed. Brasília: Thesaurus, 1986.

DELGADO, Gabriela Neves. A CLT Aos 70 Anos: Rumo a um Direito Do Trabalho constitucionalizado. **Revista TST**. Brasília, v. 79, n. 2, abr- jun 2013, p. 47.

EM 2014, havia 554 mil crianças de 5 a 13 anos trabalhando, aponta IBGE. **G1 Globo**. 13 de nov. 2015, Economia. Disponível em: <<<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/11/em-2014-havia-554-mil-criancas-de-5-13-anos-trabalhando-aponta-ibge.html>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRUNSPUN, Haim. **O trabalho das crianças e dos adolescentes**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2000.

MANTOUX, 1927, apud OLIVA, José Roberto Dantas. **O princípio da proteção integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil**. São Paulo: LTr, 2006.

MARTIN-GRANIZO, Leon; GONZALES-ROTHVOSS, Mariano. In BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A Proteção da Criança no Cenário Internacional**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. **Derecho Del Trabajo**. 24. ed. Madrid: Tecnos, 2003.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do Trabalho na Constituição de 1988**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

NASCIMENTO, Grasiela Augusta Ferreira. **A Educação e o Trabalho do Adolescente**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

OLIVA, José Roberto Dantas. **Competência para (des) autorizar o trabalho infantil**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/2237892/2544819/Compet%C3%Aancia+para+%28des%29autorizar+o+trabalho+infantil+-+Jos%C3%A9+Roberto+Dantas+Oliva>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

_____, **Competência para (des) autorizar o trabalho infantil**. Disponível em:<<http://www.tst.jus.br/documents/2237892/2544819/Compet%C3%Aancia+para+%28des%29autorizar+o+trabalho+infantil+-+Jos%C3%A9+Roberto+Dantas+Oliva>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

_____, **O princípio da proteção integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **A História da Organização**. Rio de Janeiro, dez 2000. Disponível em: <<http://unicrio.org.br/conheca-a-onu/a-historia-da-organizacao/>> . Acesso em: 25 jul. 2016.

_____, **Propósitos e Princípios da ONU**. Rio de Janeiro, dez 2000. Disponível em: <<http://unicrio.org.br/conheca-a-onu/propositos-e-principios-da-onu/>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT no Brasil – **Convenção 138**. Disponível em:<<http://www.oit.org.br/node/492>>..

_____, **Convenção 182**. Disponível em: < em: 19 set. 2015.

_____, **Recomendação 190**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/ipec/normas/rec190.php>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

_____, **Promovendo Trabalho Decente**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/hist%C3%B3ria>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

_____, **IPEC**. Disponível em: < <http://www.oit.org.br/sites/all/ipec/historico.php>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva; MELO, Carolina de Campos. Infância e Juventude: os Direitos Fundamentais e os Princípios Constitucionais Consolidados na Constituição de 1988. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 6, 2003.

PEREZ, Viviane Matos González. **Regulação do trabalho do adolescente: uma abordagem a partir dos Direitos Fundamentais**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Direito do Trabalho**. Novo Hamburgo: Feevale, 2006.

SILVA, Eliana Regina de Paula. O trabalho infantil no Brasil após o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente/1990. **Revista da Pós- Graduação**. São Paulo, v. 1, n. 1, jan./jun. 2007.

SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. **Os direitos da criança e os direitos humanos**. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VIANNA, Aduz Segadas et. al. **Instituições de direito do trabalho**. 22. ed. São Paulo: LTr, 2006.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **JT é competente para julgar ação do MPT sobre políticas municipais contra trabalho infantil**.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 32100-09.2009.5.16.0006**. Relator Desembargador Renato de Lacerda Paiva. Data do julgamento: 11 set. 2015.

privatização dos presídios como alternativa de melhoria para o caos penitenciário

Dion Norbert de Oliveira

Graduado em Direito pela Universidade Feevale,
Advogado. E-mail: dion_oliveira@hotmail.com.

Betina Heike Krause Saraiva

Advogada, Especialista e Mestre em Ciência
criminais- Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande Do Sul, (PUCRS), Doutora em
Direito Penal- Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande Do Sul, (PUCRS), Professora de
Direito Penal, Processo Penal e Criminologia na
Universidade Feevale. E-mail: betinas@feevale.br

INTRODUÇÃO

Não é novidade que no Brasil o sistema carcerário está em colapso. A todo momento há notícias de como o Estado não consegue gerenciar a crise que se instalou no sistema prisional. Assim, o Brasil ocupa hoje, segundo dados do levantamento penitenciário realizado pelo Ministério da Justiça, a quarta maior população carcerária do mundo, com total de 607.731 (seiscentos e sete mil setecentos e trinta e um) presos, presos estes que em sua grande maioria não estão cumprindo pena de sentença transitada em julgado, estando recolhidos apenas com base pedidos de prisão preventiva ou temporária. Além disso, agrava-se ainda a questão de não haver presídios suficientes para suportar uma massa carcerária tão grande, o que por consequência leva à superlotação e ao caos, uma vez que o Estado não consegue investir de forma adequada no sistema, seja por falta de recursos ou seja pelo excesso de burocracia.

Diante desses aspectos o presente trabalho visa analisar do atual sistema carcerário Brasileiro, sob a perspectiva da privatização como uma solução para a atual falência de um sistema ultrapassado, humilhante e agravador do quadro social que, ao invés de ressocializar o indivíduo que se encontra preso para que este possa voltar ao convívio da sociedade, tendo em vista que atualmente o sistema está sobrecarregado crescendo a cada dia, sem perspectivas de melhorias.

Assim, o escopo da pesquisa foi buscar uma alternativa viável à falência do sistema carcerário, sendo tal alternativa a privatização dos presídios como forma de auxiliar o Estado na gestão do sistema, para que haja o cumprimento do verdadeiro objetivo a que se destina uma pena de prisão, qual seja, ressocialização do apenado, devolvendo-o à sociedade, como um novo e ressocializado indivíduo, melhor que antes do início do cumprimento da pena.

1 DA FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

1.1 DEFINIÇÕES E RELAÇÕES ENTRE PENA E SISTEMA: DA ABRANGÊNCIAS DAS EXPRESSÕES

Tratar-se-á a seguir de um assunto abordado de várias maneiras pelos doutrinadores, qual seja, sistema penal, tentar-se-á trazer definições no que diz respeito a este instituto, abordando o conceito de pena e sistema, a abrangência das expressões e relacionando-as no contexto a que se presta para abordagem do assunto referido neste subcapítulo, sabe-se que o instituto do sistema penal é de grande valia para o ordenamento jurídico, uma vez que este traz regras de condutas à sociedade, assinalando que o desrespeito desta conduta trará uma sanção punitiva imposta pelo Estado ao infrator da norma.

Antes de se iniciar o estudo especificamente sobre sistema penal, é importante que se faça uma análise a respeito das palavras, sistema e penal. Tem-se como definição para a primeira, sistema, conforme descrito nos dicionários que, do latim *systema*, *atis*, do grego *sústema*, *atos*, conjunto composto de várias partes [...] Conjunto de princípios verdadeiros ou falsos reunidos de modo que formem um corpo de doutrina [...] Conjunto de meios e processos empregados para alcançar determinado fim.¹

Em relação à palavra pena, tem-se nas lições de Gilberto Ferreira que a origem da palavra pena é desconhecida, não sendo certa a sua origem, alguns afirmam que esta vem do latim, *poena*, “significando castigo, expiação, suplício, podendo também do latim ser trazida como “*punere* (por) e *pendus* (peso), trazendo o entendimento de um contrabalanço, no sentido de pesar, no sentido de equilíbrio dos pratos da balança que deve ter a justiça.²

Também ensinam os dicionários, que o significado para o vocábulo pena, pode ser entendido como “punição ou castigo imposto por lei a algum crime, delito ou contravenção = sanção; grande sofrimento psicológico = desgosto, dó, tristeza; sentimento provocado por sofrimento alheio = compaixão, dó, lástima; espinho, pua.³

Ainda sobre o conceito de pena, para Miguel Reale pena é “[...]uma forma de sanção jurídica para garantir o cumprimento de normas jurídicas”⁴, para Aníbal Bruno, “pena é uma sanção consistente na privação de determinados bens jurídicos que o Estado impõem contra prática de um fato definido na lei como crime”⁵, Na visão de Basileu Garcia pena pode ser considerado como “o sofrimento imposto pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado de uma infração criminal”⁶, José Frederico Marques define pena como sendo “[...]uma sanção aflitiva imposta pelo Estado. Através de um processo ao autor de um Delito, como retribuição de seu ato ilícito e para evitar novos delitos”⁷

¹ SISTEMA. IN: Priberam. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/DLPO/sistema>>. Acesso em: 15. fev. 2016.

² FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 3.

³ PENA. IN: Priberam. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/DLPO/sistema>>. Acesso em: 15. fev. 2016..

⁴ REALE, Miguel. *Penas e medidas de segurança no novo código penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 307.

⁵ ANIBAL, Bruno. *Direito penal*. São Paulo: forense, 1972, p.22.

⁶ GARCIA, Basileu. *Instituição de direito penal*. 5ªed. São Paulo: Max Limond, 1980, p. 405.

⁷ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1954, p. 103

No entendimento de César Roberto Bitencourt, “a pena constitui um recurso elementar com que conta o Estado, para tornar possível a convivência entre os homens”⁸ e complementa seu raciocínio afirmando que “O Estado se utiliza da pena para proteger de eventuais lesões a bens jurídicos assim considerados em uma organização sócio econômica”⁹

Assevera, ainda, Franz Von Liszt que a pena é aplicada pelos órgão da administração da justiça criminal do Estado ao delinquente, a pena se dá em razão do delito praticado, a pena é a sanção materializada aplicada ao delinquente, em razão de sua ofensa aos bens jurídicos tutelados, a pena pertence somente ao delinquente e tem por fim causar-lhe um castigo pelo ato praticado, se a pena não sobrevier ao delinquente ou não o atingir diretamente, não se pode dizer que foi aplicado a pena¹⁰ pode-se ainda dizer que “a pena é uma retribuição, no sentido de que o Estado responde ao criminoso como uma forma de reação ao delito”¹¹

No que diz respeito ao sistema penal, pode-se entendê-lo como um “conjunto de agências que operam à criminalização (primária e secundária) ou que convergem em sua produção”¹², Dentro do sistema penal, devem ser observados os elementos que dele fazem parte, assim temos dentro da organização do sistema penal as seguintes agências:

a)As políticas (parlamento, legislaturas, ministérios, poderes executivos, partidos políticos); b) as judiciais (que incluem os juízes o ministério público, os serventuários, auxiliares, advogados, defensoria pública, organizações profissionais); c) as policiais (que abarcam a polícia de segurança judiciária ou de investigação, alfandegária, fiscal, de investigação particular, de informes privados, de inteligência de estado e, em geral toda agencia pública ou privada que cumpra funções de vigilância); d) as penitenciárias (pessoal das prisões e da execução ou da vigilância punitiva da liberdade); e) as de comunicação social (radiofonia, televisão, imprensa escrita); f) as de reprodução ideológica (universidade academias, institutos de pesquisa jurídica e criminológica) e g) as internacionais (organismos especializados da ONU, da OEA, cooperação de países centrais, fundações, candidatos as bolsas de estudo e subsídios).¹³

⁸ BITENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão - causas e alternativa*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1993, p.3.

⁹ BITENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão - causas e alternativa*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1993, p. 4.

¹⁰ Liszt, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. Tomo I por José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores, 2003, p. 373-374.

¹¹ SUECKER, Betina Heike Krause. *Pena como retribuição e retaliação: o castigo do cárcere*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2013, p. 176.

¹² ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria geral do direito penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 18.

¹³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria geral do direito penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 25.

A nomenclatura sistema penal com pouca frequência é empregada por doutrinadores pátrios, no entanto, é recorrente na linguagem do Direito Penal, então, para que se dê continuidade no estudo do conceito de sistema penal, necessita-se reforçar aqui, o que é um “sistema”, em seguida entender em que consiste sistema penal. Sistema pode ser traduzido como uma unidade de múltiplos conhecimentos que se pode obter a respeito de uma ideia, sistema é um complexo intrincado dependente de vários pequenos subsistemas que atuam em conjunto como um todo.

Neste sentido, temos o exemplo trazido por Pedro Estefan e Victor Gonçalves, em seu livro de direito penal esquematizado, exemplificam, de forma clara e objetiva um conceito simples, mas bastante claro a respeito do funcionamento de sistema:

Num exemplo singelo, poderíamos pensar no sistema respiratório humano. Diversos são seus elementos (ou órgãos): pulmões, brônquios, traqueia, laringe, faringe etc. Estes, por si sós, não formam um sistema, mas somente por meio de sua relação entre si e a mútua interação, permitindo a entrada de ar em nosso organismo e a realização do processo de troca gasosa, suprindo nossa demanda por oxigênio.¹⁴

Aplicando com tal entendimento, Nilo Batista ensina que o sistema penal surge de um conjunto institucionalizado de agências políticas, aonde estas agências, com o *ius puniendi* (*Direito de punir*) que cabe somente ao Estado, determinam e criminalizam certas condutas, às tornando tipificadas como crime, assim nos dizeres de Nilo Batista, sistema penal é

[...] um conjunto coordenado de agências políticas – legislativas, judiciárias, policiais, penitenciárias e, *last but not least*¹⁵, de comunicação social – que programam a criminalização primária e promovem a secundária, levando a proposta penal do nomos à physis [...].¹⁶

Seguindo e aprofundando os estudos a respeito do sistema penal, pode-se dizer que, este age como controlador da ordem social, dentro se sua institucionalização de normas punitivas e normas com discurso punitivo, e o resultado desta punição sancionatória, tem o objetivo de dar reposta a uma conduta delituosa que foi cometida perante a sociedade.¹⁷

¹⁴ ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 270.

¹⁵ Por último, mas não menos importante: Traduziu-se

¹⁶ BATISTA, Nilo. *Novas Tendências do direito penal: Artigos, conferências e pareceres*. Rio de Janeiro: Revan: 2004, p. 68-69.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 5. ed. Rev e Amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 77-79.

Nesta senda, pode-se afirmar que o Estado age no seu direito de punir, diante de uma conduta típica, antijurídica e culpável, respondendo a tal conduta com uma sanção penal, sendo o Estado único detentor de tal Direito de punir, como leciona Fernando Capez:

O Estado, única entidade dotada de poder soberano, é o titular exclusivo do direito de punir [...] o poder de punir do estado é genérico e impessoal porque não se dirige especificamente contra esta ou aquela pessoa, mas destina-se à coletividade com um todo.¹⁸

A respeito do poder de punir por parte do Estado, cabe ressaltar que os poderes que integram o sistema penal, sendo estes, “o policial, o judiciário e o executivo, estejam em sintonia e atuando de forma autônoma e interdependente entre si, mas em conjunto em busca da mais correta aplicação da sanção penal.”¹⁹

Na mesma esteira, o poder de punir do sistema penal deve acontecer dentro de uma limitação que foi estabelecida previamente, para que ocorra a culpabilidade, exige-se ainda que os órgãos que compõem o sistema penal se façam atuante com seu poder de criminalização em busca de uma justa aplicação de sanção aos autores de ações típicas, antijurídicas e culpáveis, o sistema penal deve sempre, sem exceções, exercer seu poder punitivo.²⁰

Na visão de Eugênio Raúl Zaffaroeni e José Henrique Pierangeli tem-se que, estes definem sistema penal como uma forma de controle da sociedade de forma punitiva, através da institucionalização e aplicação da lei por meio dos funcionários do Estado, assim nos dizeres dos autores:

Chamamos de “sistema penal” ao controle social punitivo institucionalizado que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõem e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação. Esta é a ideia geral de “sistema penal”, em um sentido limitado, englobando a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juízes, promotores e funcionários e da execução fiscal.²¹

No entanto, mesmo o Estado possuindo o direito de punir, através do sistema penal, este não pode agir arbitrariamente à punição do indivíduo, não pode ocorrer sem antes que a conduta a ser punida seja previamente tipificada como crime, sob pena de ofender o princípio da anterioridade, a respeito deste tão importante princípio de garantia fundamental temos que:

¹⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. Rev. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p.01

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 70

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 21.

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 5. ed. Rev e Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.69.

O princípio da anterioridade exige que lei que incrimina certa conduta seja anterior ao fato delituoso que se pretende punir. Assim, é inaceitável que, após a prática de certo fato não considerado criminoso, aprove-se uma lei para punir o autor daquele fato pretérito. Igualmente não se pode aumentar a pena prevista para um delito e pretender que sua aplicação incida em relação a fatos já ocorridos.²²

O entendimento a respeito do princípio da anterioridade para pretensão punitiva do Estado, vem anotado em nossa Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso XXXIX, trazendo claramente que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena, sem prévia cominação legal”²³. Assim sendo, a Constituição Federal, assegura que todo e qualquer cidadão, terá o direito de saber antecipadamente a que tipo de punição será submetido caso viole dispositivo de lei penal.

Não se pode ainda, deixar de lado ou se furtar de mencionar que também fazem parte do sistema penal, de uma forma limitada, as ações paralegais de setores da sociedade, Estado ou ainda da população, ações estas que podem ser definidas como sanções punitivas arbitrárias, por parte das polícias, as condenações e penas sem o devido processo legal²⁴, e ainda como uma situação mais grave, as execuções ou penas de morte, estas últimas aplicada por vezes pelo tribunal do tráfico de drogas²⁵ ou ainda, por linchamentos²⁶ sendo todas as questões acima mencionadas, ilegais, no entanto, fazem parte de um

²² ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado: Parte Geral*. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 455.

²³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 02.dez. 2015.

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 5. ed. Rev e Amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P.69.

²⁵ “O adolescente André Felipe Siqueira Paiva, de 17 anos, foi torturado por mais de cinco horas até ser morto por espancamento e esfaqueamento no interior de uma mata no Conjunto Santa Fé, em Goiânia, no final da tarde do dia 2. Ele teria sido julgado e condenado a morte por um “tribunal” do tráfico em que o juiz era um traficante do setor. Natanael do Vale, o traficante, está foragido. In: Melo, Rosana. Jovem morto por “tribunal” do tráfico. *Jornal o Popular*. Curitiba, ano 2015. n. 25, 11 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.opopular.com.br/editorias/cidades/jovem-morto-por-tribunal-do-tr%C3%A1fico-1.800393>>. Acesso em: 02 set. 2015.

²⁶ Um homem foi amarrado em um poste e espancado até a morte por moradores do bairro São Cristóvão, em São Luís, no Maranhão, depois de praticar um assalto a uma loja da região. De acordo com a Polícia Civil, Cleidenilson Pereira da Silva, de 29 anos, foi linchado, com mãos, pernas e tronco amarrados em um poste de luz, até a chegada da polícia. In: Boechat, Breno. Assaltante é amarrado em poste e espancado até a morte por pedestres em São Luís, no Maranhão. *Globo.com/extra*. São Luis, Maranhão, ano 2015. 08 set. 2015. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policia/assaltante-amarrado-em-poste-espancado-ate-morte-por-pedestres-em-sao-luis-16686215.html>>. Acesso em: 02 set. 2015.

“sistema penal paralelo”²⁷ onde, por vezes o Estado se faz ausente devido à “ineficácia das decisões políticas e econômicas tomadas”²⁸ que não garantem aos moradores pobres, principalmente das periferias, condições mínimas de serviços indispensáveis nas mais diversas áreas, como por exemplo, a segurança, a saúde, o lazer, a moradia, o trabalho e o acesso aos bens de consumo, assim sendo tais questões tornam-se fatores determinantes para a maior incidência de atos violentos.²⁹

Ante ao exposto, conclui-se que sistema penal é um conjunto de regras que, organizadas entre si, visam à aplicação de um “castigo”, uma sanção ao sujeito diante de uma atitude considerada criminalizada pelo Estado, assim normatizada pelos seus agentes, ou ainda conforme a definição de Inácio de Carvalho Neto, “zuando um sujeito infringe uma norma penal, surge, então, para o Estado o Direito de aplicar a punição prevista na norma objetiva”³⁰

1.2. DIFERENÇA ENTRE SISTEMA PENAL E SISTEMA PRISIONAL

No primeiro subcapítulo do presente trabalho, falou-se a respeito do conceito de sistema penal, viu-se que sistema penal é um conjunto de normas institucionalizadas pelo Estado para definir condutas delitivas, antijurídicas e culpáveis, tipificando-as como crime, agindo também como um sistema controlador, e de certa forma, a fim de prevenir delitos através da intimidação “esta forma de prevenir, através da intimidação abstrata do castigo nas normas penais que tipificam os fatos delitivos, se chama prevenção geral”.³¹

Antes do aprofundamento da matéria a seguir, faz-se necessário uma breve consideração a respeito das teorias a respeito dos fins da pena e dentre elas qual se adota em nosso sistema jurídico penal, neste sentido, dá-se início, então, com As teorias absolutas, de retribuição ou retribucionista, pois estas se fundamentam na sanção penal, sendo tal sanção exigida para se ter justiça, assim segundo estas teoria, pune-se o agente porque cometeu o crime, o

²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 5. ed. Rev e Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 69.

²⁸ ALVES, Aloé Caffé. **Direito sociedade e Economia: leituras Marxistas**. São Paulo: Monale, 2005, p. 103.

²⁹ NIELSEN, Annie. Um último e determinante fator para a maior incidência de atos violentos. **Revista IPEA**. Rio de Janeiro. ed. 52. Ano 6, 05 jul. 2009, P.1-7. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?view=article&catid=28%3Areportagens-materias&id=1245%3Aano-ha-mais-lugar-seguro-criminalidade-avanca-pelo-interior-do-pais&format=pdf&option=com_content&Itemid=39>. Acesso em: 11 nov. 2015.

³⁰ Neto, Inácio de Carvalho. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: forense, 2003, p.19.

³¹ CONDE, Francisco Muñoz, HASSEMER, Winfried. **Introdução à Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 234.

castigo compensa o mal e dá reparação moral, já a teoria relativa, também conhecida como utilitárias ou utilitaristas, tem como característica a praticidade observando a prevenção, o crime não seria a causa da pena, mas uma ocasião para ser aplicada, o Estado deve coagir o elemento a fim de evitar que este cometa crime, através da intimidação psíquica, pelo método da intimidação ou pela intimidação física, a prisão ou segregação e por último a teoria Mista ou eclética, nesta teoria como o nome diz mista, as duas correntes se fundem, passou-se ao entendimento que a pena, por natureza é retributiva, e possui seu próprio aspecto moral, no entanto, sua finalidade não destina apenas a “castigar” mas também prevenir e corrigir.³²

A lei penal estabelece um âmbito em que faz parte o sistema penal, a lei penal traz uma delimitação orientadora, mas o sistema penal atua de forma orientada autônoma, de forma própria e independente.³³

Trouxe-se, anteriormente, que o sistema penal é composto por elementos independentes entre si, no entanto, que devem trabalhar em conjunto a fim de um bem comum, assim, temos que, em qualquer sistema penal existem basicamente três tipos de segmentos podendo os grupos serem definidos como policial, judicial e executivo, três grupos que declinam à atividade institucionalizada do sistema, e que atuam de forma independentes, em cada etapa do lapso temporal do sistema, porém, muito embora sejam independentes entre si, cada indivíduo dos grupos pode agir em uma etapa do outro, sendo necessário.³⁴

Para Nilo Batista, sistema penal consiste de um conjunto de instituições normatizadas pelo Estado, quais sejam policiais judiciárias e penitenciárias, então nos dizeres do doutrinador supramencionado:

O Sistema Penal compõe-se pela instituição policial, instituição judiciária e instituição penitenciária, esse grupo de instituições seria o responsável pela materialização do Direito Penal, ainda, seguindo o raciocínio do autor, essas instituições se revelam em três nítidos estágios: a polícia como responsável pela investigação dos crimes, o Promotor representando a Justiça Pública, o Juiz no papel de “aplicador da lei”, e no último estágio, se condenado o réu a uma medida privativa de liberdade, a instituição penitenciária.³⁵

³² MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito penal 1: Parte geral**, arts. 1 a 120 do CP. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008, p. 244-245.

³³ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 5. ed. Rev e Amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.74.

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 5. ed. Rev e Amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 70.

³⁵ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 25.

Sistema prisional pode ser entendido como locais “utilizados pela Justiça com a finalidade de alojar presos, provisórios, ou ainda, aqueles que estejam submetidos à medida de segurança”.³⁶ Assim, fazem parte deste sistema:

Estabelecimentos penitenciários, destinado ao recolhimento dos presos privativos de liberdade, estabelecimentos médicos penais, destinado a pessoas que precisam ser submetidas a tratamento, em decorrência de ação judicial de medida de segurança imposta ou de prescrição médica, estabelecimentos assistenciais, destinados ao serviço social penitenciário, penitenciária de segurança máxima especial, destinado a abrigar preso condenado, em regime fechado, dotado apenas de celas individuais penitenciária de segurança máxima, destinado a abrigar preso condenado, em regime fechado, dotado de celas (individuais) e alojamentos (coletivos), penitenciária de segurança média, destinado ao preso que cumpre pena no regime semi-aberto ou de segurança média, colônia agrícola, destinado ao preso que cumpre pena no regime semi-aberto ou de segurança média, casa do albergado, destinado ao preso que cumpre pena privativa de liberdade em regime aberto e de segurança mínima, com pena de limitação de finais de semana, hospital de custódia, destinado aos presos que necessitam de atendimento médico ou psiquiátrico, presídios, destinados aos presos provisórios que estão aguardando julgamento, estabelecimentos mistos, destinados a receber presos do sexo masculino e feminino, patronato, destinado a prestar assistência ao albergado e egressos, orientando os condenados à pena restritiva de direitos e conselho de comunidade, destinado a visitar os estabelecimentos penais das comarcas, entrevistar presos, apresentar relatórios mensais ao juiz de execução e ao conselho penitenciário e diligência a obtenção de recurso materiais e humanos para assistência do preso ou interno³⁷

Nessa senda, pode-se entender por sistema prisional, o conjunto de medidas administrativas bem como as instalações que se destinam para o cumprimento das execuções penais, neste sentido:

Por sistema prisional devemos entender um conjunto de medidas administrativas e instalações, destinados à execução de penas privativas de liberdade. Sua existência está relacionada ao fato de que o indivíduo que praticou um determinado crime, devido à natureza deste, deve ser segregado do convívio social, sofrendo ao mesmo tempo uma punição e uma retribuição em face da infração. Tem também por fim (ou deveria ter) a ressocialização desse mesmo indivíduo.³⁸

³⁶ GOMES, Pedro Rates. **A pena de prisão e o sistema penitenciário: uma visão histórica**. Canoas, Editora Ulbra, 2000, p. 44.

³⁷ GOMES, Pedro Rates. **A pena de prisão e o sistema penitenciário: uma visão histórica**. Canoas, Editora Ulbra, 2000, p. 44/46.

³⁸ JUNIOR, João Ibaixe. **Sistema prisional: alguns conceitos para compreender estatísticas. Última instância**. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/colunas/2765/sistema+prisional+alguns+conceitos+para+compreender+estatisticas.shtml>>. Acesso em: 09.set.15.

Diante da normatização de condutas consideradas criminosas, O Estado precisa criar um sistema ou uma forma para que o sujeito que praticou um fato delituoso e que foi condenado cumpra esta pena, sendo esse apenado levado à prisão ou cárcere, pena esta chamada privativa de liberdade, ou regime fechado, conforme ensina Gilberto Ferreira regime fechado “é aquele destinado aos condenados de maior periculosidade, em que a pena se executa em estabelecimentos de segurança máxima ou média, ou seja em penitenciárias”³⁹

1.3. DA APLICABILIDADE DA PENA DE PRISÃO NO BRASIL: FALTA DE VAGAS SUPERLOTAÇÃO E O CAOS NAS PENITENCIÁRIAS

A seguir, falar-se-á da aplicação da pena de prisão no Brasil, trar-se-á alguns aspectos de tal instituto jurídico, bem como o caos vivido neste setor da segurança pública, caos este que se dá por vezes devido à falta de vagas em penitenciárias, a alocação de presos em locais indevidos, presos provisórios e temporários, junto com presos condenados ou presos aguardado julgamento dentro de delegacias. O sistema carcerário em muito superou o seu limite e observa-se que mesmo com os dados do levantamento penitenciário nacional, espelhando o atual colapso do sistema, pouco é feito pelos agentes públicos responsáveis por esta área, ou seja, o problema existe é real crônico e não se usa um “remédio” para tentar amenizar a situação. Apresentar-se-á alguns dados estatísticos que estão disponíveis no site do Ministério da Justiça, onde é colocado o atual cenário caótico vivido pelo sistema prisional.

Aplicação de pena de prisão no Brasil vem desde a época em que nosso país era colônia de Portugal. Conforme descrito por Carvalho Filho, a primeira prisão foi criada em 1551, instalada na Bahia, onde também se achegou a sede do governo geral do Brasil, “cadeia muito boa e bem acabada com casa de audiência e câmara em cima. “[...] tudo de pedra e barro, rebocadas de cal, e telhado com telha”.⁴⁰

Ainda no contexto histórico, importante ressaltar a preocupação do príncipe regente, D. Pedro, aonde através de um decreto deu os primeiros passos uma prisão mais humanitária, no trecho seguir, demonstra-se claramente a preocupação do príncipe, em um trecho extraído do livro de Salla, [...] ninguém será “lançado” em “masmorra estreita, escura ou infecta” porque “a prisão deve só servir para guardar as pessoas e nunca para as adoecer e flagelar”⁴¹

³⁹ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 165.

⁴⁰ CARVALHO FILHO, Luís Francisco. *A prisão*. São Paulo, Publifolha, 2002, p. 80.

⁴¹ SALLA, Fernando. *As Prisões em São Paulo: 1822-1940*. São Paulo: Annablume, 1999, p. 43.

Com a crescente evolução do pensamento a respeito do Direito Penal e da execução penal, chegou-se então, ao as normas que regem às condutas hoje em nosso país, no que diz respeito à aplicabilidade da pena de prisão, sendo assim importante mencionar que o regimento à cerca das penas e das penas de prisão, estão estas disciplinados em nossa Constituição bem como no Código Penal que em seu título V livro I, onde traz as penas em espécie anotada em seu artigo 32, a previsão da pena restritiva de liberdade ou pena de prisão, restritiva de Direito ou multa: assim dispõe o diploma legal citado; "Art. 32 - As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa."⁴²

Não obstante, como já mencionado, a Carta Magna também disciplinou as questão das penas de prisão, trazendo em seu artigo 5º(quinto) inciso XLVI(quarenta e quatro), a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos⁴³;

A Lei De Execução Penal vem regular a execução das penas no solo pátrio, sendo esta uma Lei complementar da CF/88 e do código Penal, pode-se então dizer que a execução penal é materialização da pretensão punitiva do Estado ao agente infrator, nas palavras de Paulo Lúcio Nogueira:

A execução e a mais importante fase do direito punitivo, pois de nada serve a *condenação* sem que haja a respectiva execução da pena imposta. Dai o objetivo da execução penal, que é a justamente tornar exequível ou efetiva a sentença criminal que impôs ao condenado determinada sanção pelo crime praticado.⁴⁴

Contudo, de nada adianta somente o Estado querer punir o delinquente, retirando-lhe do convívio social, e o colocando dentro de um presídio, privando-o de liberdade, o Estado deve promover a este encarcerado condições mínimas assegurando a dignidade da pessoa humana deste preso, respeitando a própria Lei De Execução Penal e também dos tratados em que o Brasil é signatário, como a declaração universal dos direitos do homem, por exemplo. ⁴⁵

⁴² BRASIL. Presidência da República. Decreto - Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm#art1>. Acesso em: 07set.15.

⁴³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 07 set.15.

⁴⁴ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentário à Lei De Execução Penal: Lei 7. 201.de 11.7.1984. rev. e ampl.** São Paulo: Saraiva. 1996, p.3.

⁴⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro, dez. 2000. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/ DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em: 14 set.15.

Porém, inútil somente prender, ou aprisionar o delinquente, se faz necessário que o sistema que irá receber este delinquente tenha vaga para acomodá-lo, com dignidade pois, as instituições penais não dispõem mais de vagas suficientes para receber os condenados, devido à falta de vagas, para uma melhor compreensão do mencionado, tem-se, por exemplo, que somente no primeiro semestre de 2014, o Brasil ultrapassou a marca de seiscentos mil presos, chegando à época ao número de 607.371 (seiscentos e sete mil, trezentos e setenta e um) presos, tinha-se dados 300 (trezentos) presos para cada 100 (cem) mil habitante no país, o sistema penitenciário atual, possui 337.000 (trezentos e trinta e sete mil vagas), ou seja, contabilizando o número de presos privados de liberdade, com o número de vagas, ter-se-ia um déficit de 270.371 (duzentos e setenta mil, trezentos e setenta e um).⁴⁶

Trouxe-se aqui, alguns dados à respeito do problema de falta de vagas no sistema penitenciário, sendo tal problema uma situação crônica em todo o país, sendo um caos total, a respeito disto, Jocsã Araujo Moura, falando a sobre o sistema penitenciário Brasileiro, assevera que “o sistema penitenciário brasileiro está em caos” e segue afirmando “caos é a palavra que designa bem o que passa o sistema penitenciário no Brasil”.⁴⁷

Para uma ilustração mais fidedigna do caos citado por Jocsã Araujo Moura, e também dos números trazidos anteriormente trar-se-á alguns dados disponibilizados pelo Ministério da Justiça em documento chamado Levantamento Nacional De Informações Penitenciárias Infopen-Junho 2014, trazendo este o panorama real do caos do sistema, o relatório inicia sua apresentação com a seguinte frase “A situação carcerária é uma das questões mais complexas da realidade social brasileira”.⁴⁸

O relatório traz a priori, dados gerais sobre o sistema penitenciário trazendo à luz o caos da superlotação e falta de vaga, desenhando o real quadro do sistema penitenciário instalado hoje no Brasil, o relatório a seguir será utilizado como ferramenta base para a construção do trabalho, pois se mostrou o documento mais atualizado a respeito dos dados do sistema penitenciário nacional, então pode-se observar já na imagem a seguir, o panorama do sistema, vislumbrando o grande número de presos, e em contra partida, também o grande número de falta de vagas .

⁴⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional De Informações Penitenciárias Infopen-Junho 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 18out.15.

⁴⁷ MOURA, Jocsã Araujo. **Privatização Dos Presídios No Brasil**. São Paulo: All Print Editora, 2010, p. 35.

⁴⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional De Informações Penitenciárias Infopen-Junho 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 10.set.15.

Pode-se observar o quanto é urgente e necessário que o Estado adote medidas a fim de sanar os problemas entre número de presos X falta de vagas. Tal situação deve ser encarada o mais breve possível com pesados investimentos ou alternativas à gestão e manutenção do presídios.

3. Dados Gerais

Tabela 1. Pessoas privadas de liberdade no Brasil em junho de 2014⁴⁹

Brasil - 2014	
População prisional	607.731
Sistema Penitenciário	579.423
Secretarias de Segurança/ Carceragens de delegacias	27.950
Sistema Penitenciário Federal	358
Vagas	376.669
Déficit de vagas	231.062
Taxa de ocupação	161%
Taxa de aprisionamento	299,7

Fonte: Infopen, jun/2014; Senasp, dez/2013; IBGE, 2014

Figura 1 - Dados Gerais Sobre Pessoas Privadas de Liberdade no Brasil

Fonte: Infopen.49

⁴⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional De Informações Penitenciárias Infopen-Junho 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 10.set.15.

Diante dos números trazidos acima, percebe-se de forma bastante objetiva que a falta de estrutura e de vagas para acomodar os apenados, expressa as dificuldades do Estado em cumprir o seu *ius puniendi*, pois “o cumprimento de pena de prisão tem encontrado sérias dificuldades por inexistência de presídios, superlotação carcerária e falta de estabelecimentos para aplicação de penas”⁵⁰

A precariedade do sistema superlotado, traz problemas graves, fazendo com que o apenado, dentro da cela, tenha menos espaço para se acomodar, tenha uma higiene precária e dispondo muitas vezes do mínimo necessário à subsistência, Jocsã Araujo Moura, traz uma espécie de “escopo” sobre a realidade da esmagadora maioria dos presídios brasileiros:

Junto à superlotação, em que o preso dispõe muitas vezes de menos de um metro quadrado para ficar, verifica-se as péssimas condições das celas, onde não existe um sanitário decente, apenas o “boi”, um buraco onde os presos fazem suas necessidades; água só em um cano onde todos tomam banho, quando não é cortada como forma de punição. Insetos, odor fétido, local insalubre que facilita a proliferação de doenças, mofo, lodo são as características de um local onde vive um ser humano qualquer o estado que seja recuperado. Não dispõe os presos de colchão, nem tão pouco de cama; quando se tem logo lhe são tomados a fim puni-los.⁵¹

O estudo também trouxe um levantamento com informações prisionais dos vinte países com maior população prisional do mundo, ficando o Brasil na quarta colocação, as informações foram coletadas do órgão chamado *ICPS*, *International Center for Prison Studies*⁵² (centro internacional para estudos prisionais), instituto estabelecido desde 1977 para estudos dos sistemas prisionais mundiais, e utilizados pelo ministério da justiça. De acordo com o levantamento, o Brasil

⁵⁰ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentário à Lei De Execução Penal*: Lei 7. 201.de 11.7.1984. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva. 1996, p. 4.

⁵¹ MOURA, Jocsã Araujo. *Privatização Dos Presídios No Brasil*. São Paulo: All Print Editora. 2010, p, 39.

⁵² O Centro Internacional de Estudos Penitenciários foi criada em 1997. Desde a sua fundação, os objectivos do centro ter sido a de realizar pesquisas em prisões e prisões; desenvolver e disseminar um conjunto de conhecimentos sobre os princípios sobre os quais se deve basear o uso de prisão; e informar melhorias nas políticas e práticas prisionais, dentro de uma estrutura de direitos humanos. centro fez com que os resultados da sua investigação e projectos académico amplamente disponíveis para grupos e indivíduos, tanto nacional como internacionalmente. estes incluem decisores políticos, profissionais e administradores carcerários os meios de comunicação, académicos e público em geral. o trabalho do centro inclui o desenvolvimento do banco de dados breve prisão mundo em populações carcerárias em todo o mundo; ea produção e divulgação do manual prisões, uma abordagem de direitos humanos à gestão de prisão. Em 2014 novembro, o Centro se fundiu com o instituto de pesquisa política criminal com base na Faculdade de Direito da Birkbeck. CIPR e birkbeck proporcionar um ambiente no qual a pesquisa, divulgação e consultoria atividades do centro serão prosseguidas e aprofundadas. na CIPR, Helen walmsley justo e roy continuará a produzir a breve prisão mundo e publicações associadas, sob a direção do dr jessica Jacobson, co-diretor do CIPR Disponível em: <www.prisonstudies.org>. Acesso em 20.set.15.

ficou atrás apenas de países como Estados Unidos, China e Rússia, conforme demonstra a tabela a seguir consoante relatório⁵³.

Na tabela a seguir, pode observar em números, quanto Brasil precisa evoluir no que diz respeito as questões de investimento no seu sistema prisional, seja na adequação de leis ao contexto atual da sociedade seja nos investimentos na construção de novos presídios.

Os números apresentados deveriam servir de base para implantação de políticas públicas eficientes, no entanto, pode-se observar que nada é feito a respeito do caos penitenciário.

Tabela 1- Informações prisionais dos vinte países com maior população prisional do mundo

(continua)

País	População prisional	Taxa da população prisional para cada 100.000 habitantes	Taxa de ocupação	Taxa de presos condenação sem condenação
Estados Unidos	2.228.424	698	102,70%	20,40%
China	1.657.812	119	-	-
Rússia	673,818	468	94,20%	17,90%
Brasil	607,731	300	161,00%	41,00%
Índia	411,992	33	118,40%	67,60%
Tailândia	308,093	457	133,90%	20,60%
México	255,638	214	125,80%	42,00%
Irã	225,624	290	161,20%	25,10%
Indonésia	167,163	66	153,00%	31,90%
Turquia	165,033	212	101,20%	13,90%
África do Sul	157,824	290	127,70%	26,00%

(continuação)

País	População prisional	Taxa da população prisional para cada 100.000 habitantes	Taxa de ocupação	Taxa de presos condenação sem condenação
Vietnã	142,636	154	-	12,80%
Colômbia	116,76	237	149,90%	35,20%
Filipinas	110,925	113	316,00%	63,10%
Etiópia	93,044	111	-	14,00%
Reino Unido	85,704	149	111,60%	14,40%
Polônia	78,139	203	90,20%	7,70%
Paquistão	74,944	41	177,40%	66,20%
Marrocos	72,816	221	157,80%	46,20%
Peru	71,913	232	223,00%	49,80% ¹

Fonte: Infopen⁵³

Os números apresentados referem-se somente aos presos do regime fechado, privados de viver na sociedade; como se apurou, mais de 40% destes presos aguarda pelo seu julgamento, é um número absurdamente alto, realizando-se um cálculo rápido com uma simples regra de três, pode-se dizer que cerca de 250,213 (duzentos e cinquenta mil, duzentos e treze) pessoas estão privadas de liberdade enquanto aguardam pelo julgamento.

Sobre a situação apresentada, no que se refere à superpopulação e ao número de presos que aguarda pelo julgamento, Paulo Lúcio Nogueira leciona que existe, ainda, o fato de haver presos condenados com presos provisórios, devido a falta de presídios, então, nos dizeres do doutrinador supramencionado tem-se que:

⁵³ BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional De Informações Penitenciárias Infopen-Junho 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 18out.15.

Nossos presídios estão superlotados, havendo condenados cumprindo penas em cadeias públicas, que deveriam ser na verdade, recolhimento de presos provisórios, mas que na prática, tornam-se estabelecimentos de cumprimento de penas até mesmo longas, sem possibilidade de transferências para outros presídios.

Ainda sobre os dados obtidos, traz-se uma proporção de presos por regime, relacionando o número de presos do regime aberto, em relação ao fechado, vejamos o que diz o levantamento:

4,1% das pessoas privadas de liberdade são presos sem condenação, a mesma proporção de pessoas em regime fechado. Apenas 3% das pessoas privadas de liberdade estão em regime aberto e 15% em semiaberto. Para cada pessoa no regime aberto, há cerca de 14 pessoas no regime fechado; para cada pessoa do regime semiaberto, há aproximadamente três no fechado.⁵⁴

Veja-se na figura a seguir os dados do levantamento ora estudado, no que diz respeito ao afirmado acima, os números apresentados, são de pessoas privadas de liberdade por natureza de prisão e espécie de regime.

⁵⁴ BRASIL. Ministério da justiça. **Levantamento Nacional De Informações Penitenciárias Infopen-Junho 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 21.set.15.

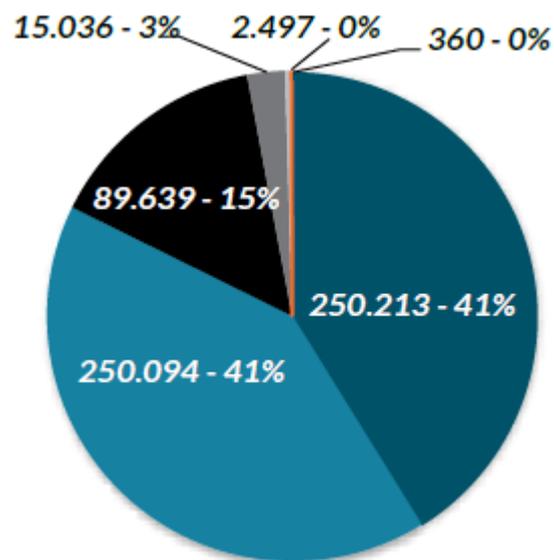


Figura 2- Pessoas privadas de liberdade por natureza da prisão e tipo de regime

Fonte: Infopen-Junho 2014.55

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLVIII, dispõe que o cumprimento de pena deve ser em estabelecimentos distintos “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” traz-se a seguir mapas de estabelecimentos por gênero demonstrando a localização de cada unidade, em cumprimento ao disposto na constituição, apresentado anteriormente:

⁵⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional De Informações Penitenciárias Infopen-Junho 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 18out.15

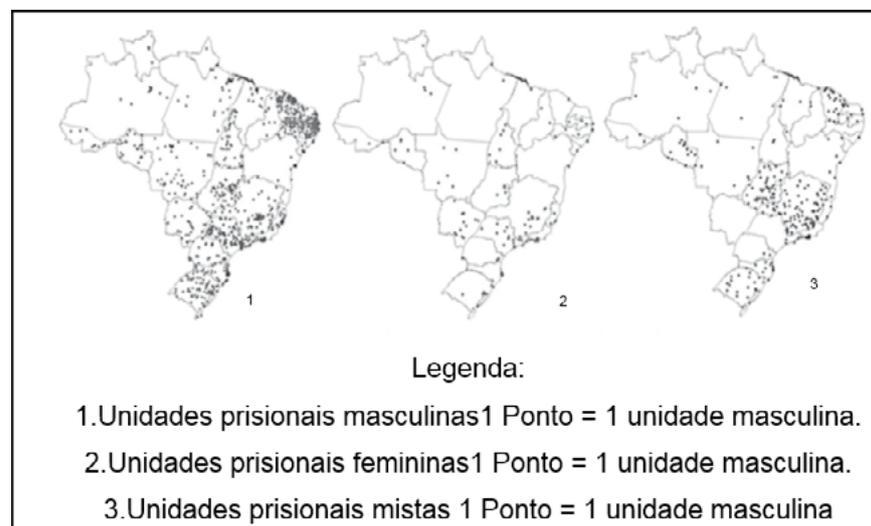


Figura 3- Mapa De Distribuição Por Gênero

Fonte: Infopen-Junho 2014.⁵⁶

Pelo que se demonstrou, viu-se que o Estado é ineficiente e ineficaz no que diz respeito a sua obrigação de zelar e criar políticas prisionais eficientes “a obviedade da prisão, se fundamenta também em seu papel, suposto ou exigido, de aparelho para transformar os indivíduos”⁵⁷, claramente há um desrespeito com a pessoa do condenado ou do preso.

Aparentemente a regra em solo pátrio, parece ser a prisão, no entanto, isso está longe de ser verdade, a Carta Magna de 88 trouxe a prisão como uma exceção, veja-se o que o referido diploma traz no que se refere à prisão; Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos

⁵⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional De Informações Penitenciárias Infopen-Junho 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 18out.15

⁵⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento Da Prisão**. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987, P. 196.

seguintes: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;⁵⁸ diante do explicitado, “deve-se ressaltar constituir a liberdade a regra, no Brasil; a prisão a exceção.”⁵⁹

Ainda, diante do apresentado percebe-se com absoluta certeza a incapacidade do Estado de gerir o sistema prisional, que urgentemente se necessita de investimentos nesta área da segurança pública, a fim de que a constituição seja respeitada, no sentido de trazer o sujeito privado de liberdade apto para viver em sociedade novamente, e a pergunta que se deixa para reflexão é, como ressocializar um preso, diante da ineficácia do Estado agir nas frentes preventivas, ou seja, aquelas que devem ser trabalhadas antes do Direito penal, tendo em vista que este age como ultima ratio? “Realmente, a situação prisional no Brasil está chegando a níveis insuportáveis[...] naturalmente que essa superpopulação carcerária gera, por si só, um infindável número de problemas que culminar por inviabilizar o sistema para o fim de obter o objetivo da pena”⁶⁰

No item a seguir, falar-se-á de um dos grandes princípios adotados pelo ordenamento jurídico Brasileiro, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a inobservância deste princípio pelo Estado no que diz respeito a pessoa do condenado a pena privativa de liberdade, trar-se-á alguns exemplos da inobservância, apresentando através de alguns dados estatísticos como o Estado se omite em garantir o que ele mesmo dispõe como norma fundamental, tentar-se-á trazer de forma clara e objetiva, o quanto o Estado é incapaz de prestar assistência básica à pessoa do preso, muitas vezes sequer dando direito de acesso à justiça ao condenado que por vezes não dispendo de atendimento básico de saúde

1.4. PRINCIPAIS FATORES PARA O CAOS PENITENCIÁRIO

Em nosso país, constantemente se busca por soluções para os problemas ocorridos dentro dos sistemas prisionais, no entanto, muitas vezes, falham as tentativas de solucionar as mazelas apresentadas, pois problemas crônicos como a superlotação, o constrangimento ilegal, presos que muitas vezes já cumpriram a sua pena, e por não terem acesso a justiça de forma como deveria, não recebe seu alvará de soltura, um problema grave a reincidência, esta causada pelo próprio sistema penal que não atinge o fim a que se destina, qual seja, socializar, dentro desta ótica percebe-se assim que o sistema prisional está

⁵⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 set. 2105.

⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 29.

⁶⁰ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 8.

falindo, pode-se observar isto, devido a superlotação do presídios, insuficiência de trabalho para os que estão presos, insuficiência de recursos humanos para manutenção dos presídios, a situação da sexualidade dentro das prisões, presos ociosos sem terem algo de útil para fazer e violência de todas as espécies com a pessoa do condenado, retratam o caos do sistema penitenciário e a falência do sistema como ele é hoje⁶¹

Nesta mesma esteira de falência do sistema, Eugênio Raúl Zaffaroni traz a seguinte perspectiva:

Cadeias lotadas, condições higiênicas de insalubridade e alimentação deficiente, alto grau de violência – mortes, motins, torturas, estupros; onde há degradação dos visitantes (revista vaginal feminina, discriminação da mulher, pois homem também pode conduzir objetos e entorpecentes no reto); corpo funcional mal pago com nível de especialização pobre; com pouca ou nenhuma oportunidade de educação ou trabalho; privilégios no trato de alguns presos, com função de autoridade na prisão; prática de corrupção, tráfico de drogas e privilégios, tráfico sexual, comercialização de permissão de visitas.⁶²

É perceptível que o sistema penitenciário está em crise, notícias seguidas de presos rebelados dentro das penitenciárias e em confronto com a polícia, violências sofridas, seja psicológica ou física, ineficácia da administração do sistema carcerário, bem como a inércia dos gestores em agir para modificar as condições sub-humanas dos apenados, as celas mínimas, com higiene precária ou quase nenhuma, condenado o detendo a todo tipo de doença como tuberculose, AIDS dentre outras o fazendo cumprir uma pena cruel de degradante,⁶³ tornando “as prisões mansões do desespero e da fome”⁶⁴

A respeito das prisões e suas degradações em relação ao ser humano, Michel Foucault afirma que:

A prisão transforma o processo punitivo em técnica penitenciária [...] este dispositivo estabelece uma gradação lenta, contínua, imperceptível que permite passar como que naturalmente da desordem à delinquência e em sentido inverso da transgressão da lei ao desvio em relação a uma regra

⁶¹ OLIVEIRA, Hilderline Câmara de. *Cotidiano prisional: enigmas e significados*. Jundiaí: Paco editora, 2013, p. 76/77.

⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução, Vania Romano pedrosa; Amir Lopez conceição. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 54-55.

⁶³ BRASIL, “Aqui ninguém dorme sossegado”: violações dos direitos humanos contra detentos. Relatório da Anistia Internacional, 1999, p.3. Disponível em: <www.amnesty.org>. Acesso em: 04 nov. 15.

⁶⁴ BECCARIA, Cesar. *Dos delitos e das penas*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1988. p. 43.

[...] o encarceramento e punição funciona ao contrário [...] a rede carcerária não lança o elemento inassimilável num inferno confuso, ela não tem lado de fora [...] é verdade que a prisão sanciona a delinquência fabricada num encarceramento e por um encarceramento que a prisão no fim das contas continua por sua vez [...] a prisão é apenas a continuação natural [...] o delinquente apenas um produto da instituição⁶⁵.

A crise no sistema carcerário é um problema antigo, sendo determinada basicamente por falta de uma estrutura adequada, seja ela humana ou material, e esta carência de estrutura, torna o preso vítima do sistema, o tornado reincidente muitas vezes, pois o fim a que de destinava a pena não atingiu seu objetivo, sendo o apenado um simples usuário de um corpo sem vida do sistema, qual seja a penitenciária.⁶⁶

Não existe ressocialização do indivíduo em um ambiente precário, insalubre, sendo difícil na prática, como uma pena cumprida em uma sistema falido poderia melhorar um indivíduo, pois “é difícil verificar, na prática, como uma medida de castigo poderia coexistir com a reeducação, reinserção e ressocialização, se ainda falta estrutura para efetivação.”⁶⁷

Nas palavras de Betina Heike Krause Saraiva, sobre a falta de estrutura do sistema, esta leciona que “positivamente, com presídios superlotados e com ausência de condições dignas de cumprimento de pena, ao que tudo indica somente se fomenta a violência”.⁶⁸, no pensamento de Romeu Falconi tem-se que “Entre nós, ninguém está verdadeiramente preocupado com a reeducação, ou com qualquer outra atividade que diga respeito à reinserção do condenado, apenas estão preocupados, ou dizem que estão em aumentar o número de prisões.”⁶⁹

Então, dentro das prisões, existem seres humanos sob efeito de inúmeros instrumentos e complexas relações de poder, pessoas e força, submetidas, ainda, a vários dispositivos de encarceramento.⁷⁰

⁶⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento Da Prisão**. Tradução, Raquel Ramalhete. 36. ed. Petrópolis, Vozes, 2009, p. 283/285.

⁶⁶ DOTTI, René Ariel. A crise do sistema penal. **Revista dos Tribunais**. v. 768, 1999, p. 21, Out. 1999. Disponível em: < <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad81815000001553697dddec805f85b0&docguid=1b58ff460f25011dfab6f01000000000&hitguid=1b58ff460f25011dfab6f01000000000&spos=3&epos=3&td=2949&context=8&startChunk=1&endChunk=1> >. Acesso em: 25 nov. 2015

⁶⁷ SUECKER, Betina Heike Krause. **Pena como retribuição e retaliação: o castigo do cárcere**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013. p.121.

⁶⁸ SUECKER, Betina Heike Krause. **Pena como retribuição e retaliação: o castigo do cárcere**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013, p.121.

⁶⁹ FALCONI, Romeu. **Lineamentos de Direito Penal**. 3. ed, São Paulo: Ícone, 2002, p.111.

⁷⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento Da Prisão**. Tradução Raquel Ramalhete. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 291.

2 DA POSSÍVEL ALTERNATIVA PARA O CAOS PENITENCIÁRIO: A PRIVATIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS

2.1 CONCEITOS DE PRIVATIZAÇÃO

Privatizar, não significa somente transferir para a iniciativa privada os serviços públicos, mas também a empresa estatal. Pode-se entender como privatização, a passagem do serviço público ou de seu exercício à iniciativa privada. Um serviço público é por sua natureza de titularidade do ente público daquela esfera de atuação, portanto para delegar a tarefa do ente público a um terceiro, pressupõe que deve haver uma concessão ou ainda permissão da entidade estatal mediante uma lei específica.⁷¹

Não é simples definir a privatização, pois privatização até pouco tempo atrás, poderia ser considerada uma palavra diferente do dia-a-dia das pessoas, algo que até os dicionários não queriam incluí-la em suas páginas. Ocorre que apenas a bem pouco tempo atrás, mais precisamente no início da década de 80, os dicionários Norte Americanos começaram a dar uma definição para esta palavra “diferente”, definindo-a como, um popular e embaraçoso dizer destinado a desembaraçar o Estado de suas funções. O conceito de privatização importa em redimensionar, mudar, redesenhar o âmbito próprio do Estado, modificando seu pensamento antigo por um pensamento modernizado de gerenciamento a fim de que este seja desembaraçado e tenha eficácia no funcionamento.⁷²

A privatização está se tornando um processo adotado por vários governos como sendo uma forma de redefinir o papel do Estado, modernizando a economia e investimentos em áreas sociais que exigem uma modificação de postura e condução das situações pelo governo. Diante do quadro de privatização bem como os fatores que podem levar um governo a adotar esta postura de mudança tem-se:

- Necessidade de ajustes nas fianças do governo por meio da redução do déficit público;
- Busca por novos elementos de estímulo ao investimento produtivo face a dificuldade financeira crônicas do estado;
- Insatisfação com ineficiência de algumas empresas estatais que operam em mercados competitivos e não dispõem da indispensável flexibilidade;
- Esgotamento das razões históricas que determinam a criação de uma dada empresa estatal,

⁷¹ MUKAI, Toshio. *Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos: comentários à lei 8.897, de 13 de fevereiro de 1995, e lei nº. 9.074, de 1997, das concessões do setor elétrico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 83/84.

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parceria na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p.15.

Mudanças profundas nas estruturas de oferta e demanda de mercado de bens e serviços a nível nacional e internacional
Liberação de recursos humanos e financeiros do Estado para alocações em áreas próprias⁷³

Pode-se dizer ainda, que a privatização é uma das inúmeras respostas no sentido de como o governo pode lidar com os fracassos da implementação de sua forma de gerenciamento de um determinado setor, por exemplo.⁷⁴

Por fim, as privatizações podem ser entendidas simplesmente como a venda de ativos das empresas ao mercado financeiro, tendo como uma das vantagens o aumento de eficiência das empresas, mudado a forma burocrática de gestão estatal por um panorama mais de empresa, dando assim liberdade para ao ente que público no que diz respeito ao Direito Administrativo, se demonstra ainda, como um fator importante para redução de despesas e subsídios estatais, garantindo de forma mais eficiente a estabilidade econômica do ente público. A concessão dos serviços públicos à iniciativa privada se mostra como uma forma de mobilização do interesse estatal em tornar algo que é um entrave, em uma fonte de receita, permitindo ainda ao ente investir em outras áreas, como por exemplo, na segurança, saúde e educação.⁷⁵

2.2 A PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL

Na década de 90, mais precisamente em 27 de janeiro de 1992, o conselheiro do CNPCP, Comissão Nacional De Política Criminal Penitenciária, Edmundo Oliveira, lançou uma proposta, qual seja, a adoção de prisões no Brasil, lançando um estudo sobre o tema, onde defendeu a privatização das prisões Brasileira, concluiu no estudo que o problema da superlotação carcerária poderia ser superado desta maneira, além de fazer com que o preso fosse ressocializado. No estudo, o conselheiro afirmou que dentro do modelo apresentado, seriam finalmente observadas as regras previstas na Lei de Execução Penal, com custo reduzido. Na proposta apresentada pelo conselheiro a CNPCP, o sistema adotado seria a de uma gestão mista que trazia atribuições tanto para iniciativa

⁷³ BRAUSTEIN, Marcelo Lomacinski. TOMEI, Patrícia Amélia. **Cultura organizacional e privatizações: a dimensão humana**. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 29/30.

⁷⁴ PIRIE, Madsen. Privatização, modelos e efeitos, In: GERRY, Grimstone, CALOGERO, Guissepe, DEHESA, Guilherme de La. **Privatização mercado de capitais e democracia: a recente experiência internacional**. Rio de Janeiro: Correio da Serra, 1988, p.13.

⁷⁵ WALD, Arnold. **O Direito Das Privatizações: Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial** Revista dos Tribunais. v. 763, p. 47-55, Mai /1999. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=r1&sruid=ioad8181600001539aad5539a441f53d&docuid=lb3ff906of25011dfab6f01000000000&hituid=lb3ff906of25011dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=163&context=8&startChunk=1&endChunk=1#>>. Acesso em 22.mar.16.

privada quanto para a pública. Após o estudo apresentado nasceu o projeto de autoria do deputado federal Luiz Barbosa, projeto de lei sob número 2.146/99, uma proposta sucinta contendo com 12 artigos, projeto este que veio no sentido de autorizar o poder executivo a privatizar o sistema penitenciário. O projeto de lei 2.146/99 prevê que os Estados estariam autorizados a firmar contratos para conceder aos particulares a construção e exploração de casas de correção, sendo que estas seriam dirigidas por um diretor administrativo e ainda por um diretor de execução penal.⁷⁶

Quando da justificativa à apresentação da PL 2.146/99, o então deputado federal Luís Barbosa, autor do projeto, apontou no sentido de que, o projeto tinha o condão de haver uma gestão compartilhada entre o ente público e o privado para solucionar um grave problema que o Estado sozinho não estava sendo capaz de gerir sozinho. Conforme o parecer do autor da proposta, a ideia de privatizar o sistema carcerário encontrava problema de base legal e constitucional.⁷⁷

Transcreve-se a seguir na íntegra a exposição dos motivos trazidos pelo do autor do PL 2.146/99, ressalta-se que já à época havia uma preocupação quanto a situação de calamidade vivida pelo sistema penitenciário nacional, no momento da propositura do projeto de lei, o autor trouxe que, conforme estatísticas da época(1999), o sistema carcerário contava com 180.000 (cento e oitenta mil) presos e que ainda faltavam 97.000 (noventa e sete) mil vagas, demonstra ainda, a preocupação com a questão da ressocialização do apenado para “devolvê-lo” à sociedade de “uma forma melhor “ para o convívio social, eis a redação:

A situação calamitosa vivida atualmente pelo sistema penitenciário brasileiro atesta, de forma eloquente, a necessidade de inovação nesse importante setor da segurança pública. Estatísticas recentes mostram que os presídios brasileiros abrigam hoje 180.000 (cento e oitenta mil) presos, e, mesmo assim, existe um déficit de 97.000 (noventa e sete mil) vagas. Além disso, as calamitosas situações de tais estabelecimentos carcerários fazem com que seja mínima a possibilidade de ressocializar O delinquente preso, para devolvê-lo, satisfatoriamente, ao convívio da sociedade, após o cumprimento de sua sentença condenatória. Daí que se impõe uma mudança nos atuais critérios, não só no tocante à responsabilidade penal como também à forma de cumprimento da pena imposta. o atual projeto, visa, fundamentalmente, proporcionar melhores condições de vida ao apenado, dando-lhe condições de sofrer restrições à sua liberdade de locomoção, sem, no entanto, sofrer limitações quanto à sua dignidade de pessoa humana. Embora a segurança pública seja dever do Estado, o presente Projeto de Lei visa compartilhar o gerenciamento e a participação da iniciativa privada na solução de um grave problema que não tem encontrado resposta enquanto limitado à exclusiva competência

⁷⁶ CORDEIRO, Grecianny Carvalho. *Privatização do sistema prisional brasileiro*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, p.112/113.

⁷⁷ CORDEIRO, Grecianny Carvalho. *Privatização do sistema prisional brasileiro*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006, p.113.

do poder público. Estou certo de contar com o apoio de meus eminentes pares na discussão e na aprovação do presente Projeto de Lei como forma de solucionar um problema de tão grande interesse para a sociedade⁷⁸

No artigo primeiro do projeto de lei 2.146/99, o autor da proposta, deixa claro que os Estados estariam autorizados a firmar contratos de concessão com entidades particulares para, onde se visava à construção e exploração de casas de correção que se destinavam ao cumprimento de sentença condenatória que implicassem no confinamento carcerário.⁷⁹

De acordo com o projeto de lei apresentado, as casas de correção teriam dois diretores, o diretor administrativo e outro de execução penal, o primeiro seria responsável pelas questões logísticas da casa de correção, já o segundo, seria responsável pelo cumprimento da sentença. Veja-se a seguir o dispositivo legal que dispõe sobre uma “dupla diretoria”:

Art. 2º As Casas de Correção instituídas nos termos da presente Lei serão dirigidas por um Diretor Administrativo responsável pelo apoio logístico das instalações, e por um Diretor de Execução Penal responsável pelo fiel cumprimento da sentença condenatória.⁸⁰

No artigo 10º do projeto de lei em questão, resta claro que as penitenciárias existentes poderiam ser adaptadas para se adequar a lei em questão e assim dispôs “As instalações penitenciárias já existentes poderão sofrer adaptação de sorte a transformá-las em Casas de Correção nos moldes previstos na presente Lei.”⁸¹

⁷⁸ BARBOSA, Luis. Projeto de Lei da câmara, nº 21.146 de 1999. Autoriza o Poder Executivo Estadual a promover a privatização do sistema penitenciário. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C69EAE45EF9A6B7DA7DB2380C602B19.proposicoesWeb2?codteor=1124606&filename=Avulso+-PL+2146/1999>. Acesso em: 10 abr. 2016.

⁷⁹ BARBOSA, Luis. Projeto de Lei da câmara, nº 21.146 de 1999. Autoriza o Poder Executivo Estadual a promover a privatização do sistema penitenciário. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C69EAE45EF9A6B7DA7DB2380C602B19.proposicoesWeb2?codteor=1124606&filename=Avulso+-PL+2146/1999> Acesso em: 10 abr. 2016.

⁸⁰ BARBOSA, Luis. Projeto de Lei da câmara, nº 21.146 de 1999. Autoriza o Poder Executivo Estadual a promover a privatização do sistema penitenciário. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C69EAE45EF9A6B7DA7DB2380C602B19.proposicoesWeb2?codteor=1124606&filename=Avulso+-PL+2146/1999> 10 abr.16.

⁸¹ BARBOSA, Luis. Projeto de Lei da câmara, nº 21.146 de 1999. Autoriza o Poder Executivo Estadual a promover a privatização do sistema penitenciário. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C69EAE45EF9A6B7DA7DB2380C602B19.proposicoesWeb2?codteor=1124606&filename=Avulso+-PL+2146/1999>. Acesso em: 10 abr. 2016.

É possível afirmar que a questão da privatização das penitenciárias brasileiras, tem o condão de amenizar os graves problemas que se apresenta à questão carcerária, com especial atenção à superlotação, que de acordo com a ideia privatizante, seria amenizada.⁸²

Ainda, conforme aponta Edmundo de Oliveira, poder-se-ia combater outros problemas graves como “o crime organizado, a corrupção, a superlotação, a ociosidade e a baixa inteligência na administração dos estabelecimentos prisionais”⁸³

2.3 CRÍTICAS AO SISTEMA DE PRIVATIZAÇÃO

Os sistemas privatizados começam a receber críticas daqueles que não acreditam nesta forma de prisão, havendo grande discussão em torno dos contratos celebrados, pois o temor dos críticos a privatização dos presídios se dá no questão de haver garantia de continuidade de prestação de serviços efetivos, levantam a questão também, do ponto de vista moral de tal sistema, um vez que o sistema capitalista só visa o lucro, assim correr-se-ia o perigo de tornar a mão de obra dentro dos presídios em trabalho escravo. Há ainda o temor de que as prisões possam cair na mão de empresas privadas que possuem ligações com segmentos do crime organizado. Levanta-se a questão ainda, de que os grupos privados não possuem as formas pedagógicas adequadas para lidar com o preso, existindo o temor de que seria contratado pessoal para desenvolver trabalhos dentro dos presídios, sem qualificação alguma⁸⁴. E de modo mais incisivo os críticos do sistema privatizado como Edmundo de Oliveira sustentam que:

Passar a execução penal para o controle dos mutáveis interesses privados de empresas concessionárias, fazendo da prisão um negócio, atenta contra o dever constitucional do Estado de comandar e administrar as atividades penitenciárias. Entre gastar com o preso e gastar com a publicidade, para preservar a boa imagem, a empresa vai gastar com o marketing⁸⁵.

Outros críticos da privatização dos presídios levantam a questão de que o dever de recuperar o apenado é exclusivo do Estado, sendo tal exclusividade prevista na Constituição Federal, ainda, outra grande preocupação, se dá pelo que movimenta a iniciativa privada, que notadamente sabe-se, é o lucro, não

⁸² CORDEIRO, Grecianny Carvalho. *Privatização do sistema prisional brasileiro*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006, p.119.

⁸³ OLIVEIRA, Edmundo. *Propósitos científicos da prisão*. Revista Prática Jurídica, Brasília nº 3, p.52, 30 jun. 2002.

⁸⁴ OLIVEIRA, Edmundo. *Política criminal e alternativa à prisão*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.200.

⁸⁵ OLIVEIRA, Edmundo. *Política criminal e alternativa à prisão*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.210.

tendo interesse assim o ente privado na recuperação do apenado, mas sim garantir lucro. Para que o ente privado tenha interesse em ingressar na questão penitenciária, deve estar presente o ganho, sendo este ganho financeiro ou a sua imagem. Preocupam-se também os críticos, no que diz respeito ao apenado ser obrigado a realizar trabalhos forçados, indo de encontro ao dispositivo constitucional que proíbe tal prática. Há ainda o receio de empresas privadas que atuam dentro das prisões, possuírem laços com o crime organizado agravando ainda mais a condição do apenado o forçando a trabalhar em prol de tal organização.⁸⁶

Então, a privatização dos presídios para ser aplicada em grande escala, a qual se necessita para os dias de hoje devido o grande número de apenados, precisaria de um amplo debate sobre o tema tanto com sociedade civil organizada quanto com especialistas. No momento a privatização não se mostra viável pois, para que este sistema obtenha o sucesso a que se destina, recuperar o preso e dar-lhe dignidade inerente a pessoa humana, deve-se primeiro conter o “fome” das empresas por lucro⁸⁷

2.4 PARÂMETROS À PRIVATIZAÇÃO: BASE NORMATIVA ÀS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADA

No ano de 2004 fora editada a lei Federal 11.079, que dispunha sobre a normatização das questões de parcerias público privada, porém antes da edição de referida lei, alguns Estados já haviam regulamentado normas dispondendo sobre a criação de Parcerias Pública Privada. A lei 11.079/04, veio no sentido de trazer normas gerais sobre as questões de licitação e contratação para PPPs no que diz respeito da administração pública.⁸⁸

Em seu artigo primeiro a referida lei dispõe o seguinte: “Esta Lei institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”⁸⁹

⁸⁶ CHACHA, Luciano. *Aspectos críticos sobre a privatização dos presídios no Brasil*. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1001977/aspectos-criticos-sobre-a-privatizacao-dos-presidios-no-brasil-luciano-chacha>>. Acesso em: 21 maio.16.

⁸⁷ SILVA, André Ricardo Dias Da. *A liberdade em reflexão garantista: Reforma ou substituição do atual paradigma*. São Paulo: Baraúna, 2011, p. 247.

⁸⁸ THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.20

⁸⁹ BRASIL. Presidência da República. *Lei no 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 05 maio.2016.

No parágrafo único do artigo 1º da referida lei, tem-se quais as esferas estão autorizadas a realizar PPP:

Art.1º (...)

Parágrafo único. Esta Lei aplica-se aos órgãos da administração pública direta dos Poderes Executivo e Legislativo, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.⁹⁰

No que diz respeito a PPPs para a construção e administração penal, existe atualmente no Senado o Projeto de Lei do Senado (PLS) 513/11, que estabelece normas gerais que sejam possíveis a contratação de empresas privada, O projeto traz a possibilidade de a PPP abranger apenados que têm a condenação transitada em julgado, assim como os presos provisórios, sendo que a concessão da parceria público privada se dará por meio de licitação.⁹¹

A proposta prevê que o concessionário quando da contratação, deve observar parâmetros no que diz respeito à dignidade da pessoa humana do apenado, como por exemplo, oferecer reeducação, reabilitação e ressocialização do preso, o respeito aos direitos e deveres do preso; a segurança do estabelecimento penal; a obrigatoriedade de trabalho do preso e a quantidade de presos compatível com a estrutura e finalidade do estabelecimento penal.⁹²

A proposta traz ainda a possibilidade de que o concessionário possa explorar a mão de obra do preso, devendo observar o disposto na Consolidação de Leis Trabalhistas, sendo a remuneração no valor de 3/4 do salário mínimo depositado em conta judicial sendo garantido ainda a correção monetária dos valores depositados, deverá ainda ser garantido ao preso o direito a previdência social, equipamentos de proteção individual, deve o preso receber treinamento para desempenhar o trabalho e ainda ter seguro contra acidente⁹³

⁹⁰ BRASIL. Presidência da República. Lei no 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/11079.htm>. Acesso em 21 maio 2016.

⁹¹ BRASIL. Senado Federal. Prisões administradas pela iniciativa privada são tema de projeto. < disponível em: http://senadofederal.tumblr.com/post/140796262292/pris%C3%B5es-administradas-pela-iniciativa-privada-s%C3%A3o?utm_source=midias-sociais&utm_medium=midias-sociais&utm_campaign=midias-sociais>. Acesso em: 21 maio. 2016.

⁹² BRASIL. Presidência da República. Lei no 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/11079.htm>. Acesso em: 05 maio. 2016.

⁹³ BRASIL. Senado Federal. Prisões administradas pela iniciativa privada são tema de projeto. < disponível em: http://senadofederal.tumblr.com/post/140796262292/pris%C3%B5es-administradas-pela-iniciativa-privada-s%C3%A3o?utm_source=midias-sociais&utm_medium=midias-sociais&utm_campaign=midias-sociais>. Acesso em: 21 maio.2016.

O sistema como se apresenta, em forma de cogestão na execução penal, não significa exatamente o Estado abrir mão de sua obrigação e competência exclusiva de executar a pena, mesmo que o setor de segurança seja administrado por um ente privado, a responsabilidade pela execução política continuará com o Estado, pois tal política trata-se de matéria Constitucional.⁹⁴ Para uma melhor compreensão, em anexo ao presente trabalho o projeto de lei do senado (PLS) 513/11, onde se pode ler na íntegra os dispositivos apresentados, a fim de que haja uma melhoria nas condições atuais do sistema penitenciário.

Por fim, entende-se que é de suma importância, que poder público ao criar normas legais à privatização, saiba organizar a conjuntura da administração pública e jurídica com o ente privado, no sentido de que a execução penal tenha condições de trazer novamente a dignidade da pessoa humana do sujeito que se encontra preso, para que após a sua liberdade este esteja apto a convenceria com a sociedade e consiga por conta própria sua subsistência e consiga viver com a força de seu trabalho.⁹⁵

CONCLUSÃO

O sistema penal como se encontra atualmente é um bomba relógio que pode explodir a qualquer momento, encontra-se falido, sem investimento e superlotado, e que a cada dia aglomera mais e mais presos, em sua grande maioria presos cautelarmente. Existe por parte do sistema flagrante desrespeito com a Lei, uma vez que não são observados preceitos básicos mínimos da aplicação da pena privativa de liberdade, como por exemplo, estabelecimentos diferenciados por regime de cumprimento de pena previsto no código penal, na Lei de Execuções Penais e ainda, conforme previsto na Constituição Federal, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana. No atual contexto, os indivíduos são “largados” onde houver espaço sem que seja observado o regime de pena a ser cumprido. Acredita-se que basta retirá-lo da sociedade ou convívio social e o mantê-lo em uma prisão o problema estará resolvido, no entanto há que se observar que a pena é destinada a ressocialização e não somente à exclusão do convívio social, para que haja ressocialização e consequentemente um retorno a sociedade, deve-se prestar o auxílio necessário no que diz respeito a “reeducação” do apenado, para que este esteja apto a ser reintroduzido ao convívio em sociedade, auxílio no sentido de ter celas dignas, comida descente, um banheiro que esteja apto a ser utilizado, o que não ocorre atualmente, pois as cadeias públicas estão superlotadas, pessoas amontoadas em cubículos, às vezes sem água, sem luz, sem banheiro, obrigados a conviver com esgoto à céu

⁹⁴ ALVES, Vicentinho. Projeto de lei do Senado nº 513 de 2011. Estabelece normas gerais para a contratação de parceria público-privada para a construção e administração de estabelecimentos penais. Disponível em: < <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/95009.pdf>>. Acesso em: 20 maio. 2016.

⁹⁵ OLIVEIRA, Edmundo. *Política criminal e alternativa à prisão*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 206.

aberto e infestações de ratos e insetos peçonhentos. O Estado não proporciona o mínimo para a dignidade da pessoa humana dos indivíduos que se encontram preso, inobservado fundamentos básicos a existência do ser humano.

O sistema penitenciário necessita urgentemente de uma mudança no formato da gestão que se tem atualmente, caso contrário, se chegará ao ponto da insustentabilidade de administração e manutenção da ordem dentro dos presídios.

Se faz necessário reestruturação urgente do sistema, da forma como se pensa a gestão do sistema penitenciário atual. Precisa-se pensar não somente no fato da retirada do indivíduo do convívio social, mas também em todo o restante envolvido pós prisão e condenação, como por exemplo, fazer com que o apenado aprenda uma profissão, retome os estudos, e veja que existem possibilidades que não somente as que ele conhece, qual seja o crime. O Estado precisa “abrir os olhos” e parar “fingir” que não sabe dos problemas das penitenciárias, precisa enxergar que o caminho que se trilha hoje a muito tempo já não demonstra o resultado esperado, e que se continuar a trilhar pelo caminho do “está tudo certo”, mais a frente a consequência poderá ser o colapso de todo o sistema.

Tendo em vista que o sistema de gestão pública de presídios está falido, surge uma alternativa, qual seja privatizar os presídios, ou os serviços essenciais ao preso como saúde alimentação, assistência jurídica, médica odontológica, entre outros. Não se pretende retirar do Estado o seu poder de gerir a execução penal, mas sim auxiliá-lo nesta tarefa, existem experiências que estão dando certo no modo de cogestão, onde o entre privado e o Estado em conjunto gerenciam as penitenciária. Para que haja melhorias no sistema, deve-se sim pensar em alternativas que possam trazer melhorias, pois muitos questionamentos que se tem hoje a respeito da privatização dos presídios gira em torno de que o preso se tornará uma mão de obra, criar-se-á uma indústria de mão de obra barata, quando na verdade esta visão é muito limitada, preocupa-se apenas com o aspecto empresarial, no entanto o preso é bem mais que uma mão de obra ele é um ser humano que precisa de itens mínimos para este enquanto pessoa, precisa de uma ocupação lícita, a fim de que se evite que este volte a delinquir, e retorne socializado ao convívio em sociedade.

A privatização é o caminho mais viável em curto prazo para o Estado no que diz respeito a mudança no atual panorama do sistema penitenciário, as empresas privadas não estão amarradas as burocracias estatais, tendo possibilidade de conseguir resolver de forma célere problemas simples, como por exemplo compra de itens básicos para manutenção de um presídio, diferente do que ocorre com o Estado que necessita de toda uma burocracia e seguir regras rígidas para simples compras, tornado um processo simples, moroso.

A participação da iniciativa privada na gestão e manutenção dos presídios trará a eficácia que atualmente falta ao Estado, uma vez que, a prestação de

auxílio de forma eficaz traz a possibilidade de realmente haver ressocialização, pois partindo do princípio do respeito com o indivíduo que se encontra preso, o processo para sua volta a sociedade torna-se “menos sofrido” e “doloroso”

Em todos os aspectos que se analisa, defende-se neste trabalho a privatização dos presídios é sem sombra de dúvida o caminho mais correto a ser trilhado pelo Estado, por todos os aspectos apresentados, uma vez que o estado falhou no seu papel de gestor e administrador do sistema penal, não conseguindo retomar “as rédeas” do sistema e mantê-lo no “trilho”, deixando-o um caos. O Estado falha quando devolve a sociedade um indivíduo pior do que àquele que recebeu, uma vez que a situação carcerária atual não permite a ressocialização. A privatização do presídios por outro lado é uma alternativa para suprir a ausência do Estado dentro do sistema, consegue desburocratizar, agilizar e fazer o sistema cumprir o papel de ressocialização a que se destina a pena, a privatização em poucos anos se tornará realidade na grande maioria dos Estados do país, tendo em vista que é sem sombra de dúvida, hoje, a melhor alternativa para o caos penitenciário, por todas as melhorias que pode proporcionar.

REFERÊNCIAS

ALVES, Vicentinho. Projeto de lei do Senado nº 513 de 2011. Estabelece normas gerais para a contratação de parceria público-privada para a construção e administração de estabelecimentos penais. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/95009.pdf>>. Acesso em: 20 maio. 2016.

ALVES, Aloé Caffé. **Direito sociedade e Economia: leituras Marxistas**. São Paulo: Monale, 2005.

ANIBAL, Bruno. **Direito penal**. São Paulo: forense, 1972.

BARBOSA, Luis. Projeto de Lei da câmara, nº 21.146 de 1999. Autoriza o Poder

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Nilo. **Novas Tendências do direito penal: Artigos, conferências e pareceres**. Rio de Janeiro: Revan: 2004.

BECCARIA, Cesar. **Dos delitos e das penas**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1988.

BITENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão - causas e alternativa**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1993.

BRASIL, “**Aqui ninguém dorme sossegado**”: violações dos direitos humanos contra detentos. Relatório da Anistia Internacional, 1999, p.3. Disponível em: <www.amnesty.org>. Acesso em: 04 nov. 15.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 set. 2105.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional De Informações Penitenciárias Infopen-Junho 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 10.set.15.

BRASIL. Presidência da República. Decreto - **Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm#art1>. Acesso em: 07set.15.

BRASIL. Presidência da República. **Lei no 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 05 maio.2016.

BRASIL. Senado Federal. **Prisões administradas pela iniciativa privada são tema de projeto**. < disponível em: http://senadofederal.tumblr.com/post/140796262292/pris%C3%B5es-administradas-pela-iniciativa-privada-s%C3%A3o?utm_source=midias-sociais&utm_medium=midias-sociais&utm_campaign=midias-sociais>. Acesso em: 21 maio. 2016.

BRAUSTEIN, Marcelo Lomacinski. TOMEI, Patricia Amélia. **Cultura organizacional e privatizações: a dimensão humana**. São Paulo: Makron Books, 1993.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal** . 13. ed. Rev. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **A prisão**. São Paulo, Publifolha, 2002.

CHACHA, Luciano. **Aspectos críticos sobre a privatização dos presídios no Brasil**. Disponível em:< <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1001977/aspectos-criticos-sobre-a-privatizacao-dos-presidios-no-brasil-luciano-chacha>>. Acesso em: 21 maio.16.

CONDE, Francisco Muñoz, HASSEMER, Winfried. **Introdução à Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 234.

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010.

CORREA, Gustavo Freitas. CORSI, Lucas Cavanha. **O Primeiro Complexo Penitenciário de Parceria Público-Privada do Brasil**. FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS–EAESPGVpesquisa . São Paulo, 2014, p.5/6. Disponível em:< http://gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/conexao-local/o_primeiro_complexo_penitenciario_de_parceria_publico-privada_do_brasil.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parceria na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 3. ed. São Paulo: Atlas.

Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C69EAE45EF9A6B7DA7DB2380C602B19.proposicoesWeb2?codteor=1124606&filename=Avulso+-PL+2146/1999>. Acesso em: 10 abr. 2016.

DOTTI, Renê Ariel. A crise do sistema penal. **Revista dos Tribunais**. v. 768, 1999, p. 21, Out. 1999.
Disponível em: < <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=r1&srguid=ioad81815000001553697ddec805f85bo&docguid=lb58ff46of25011dfab6fo10000000000&hitguid=lb58ff46of25011dfab6fo10000000000&spos=3&epos=3&td=2949&context=8&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 25 nov. 2015

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FALCONI, Romeu. **Lineamentos de Direito Penal**. 3. ed, São Paulo: Ícone, 2002.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento Da Prisão**. Tradu. Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes..

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento Da Prisão**. Tradução, Raquel Ramalhete. 36. ed. Petrópolis, Vozes, 2009.

GARCIA, Basileu. **Instituição de direito penal**. 5ªed. São Paulo: Max Limond, 1980.

GEROLLA, Giovanni. **PPP para presídio em Minas Gerais**. Pini infraestrutura urbana, edição 38. Maio/2014. Disponível em: <<http://infraestruturaurbana.pini.com.br/solucoes-tecnicas/38/artigo310884-2.aspx>>. Acesso em: 11 abr.16.

Gestão Associada Penitenciária. **Uma missão repleta de responsabilidade social**. Disponível em: <www.gpapp.com.br/index.php/br/sobre-a-gpa/about-us>. Acesso em: 12.abr.16.

Globo.com/extra. São Luis, Maranhão, ano 2015. 08 set. 2015. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policia/assaltante-amarrado-em-poste-espantado-ate-morte-por-pedestres-em-sao-luis-16686215.html>>. Acesso em: 02 set. 2015.

GOMES, Pedro Rates. **A pena de prisão e o sistema penitenciário: uma visão histórica**. Canoas, Editora Ulbra, 2000.

Jornal o Popular. Curitiba, ano 2015. n. 25, 11 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.opopular.com.br/editorias/cidades/jovem-morto-por-tribunal-dotr%C3%A1fico-1.800393>>. Acesso em: 02 set. 2015.

JUNIOR, João Ibaixe. **Sistema prisional: alguns conceitos para compreender estatísticas. Última instância**. Disponível

Liszt, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Trad. Tomo I por José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1954, p. 103

MIRABETE, Julio FABrinni. **Manual de Direito penal 1: Parte geral, arts. 1 a 120 do CP**. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008, p. 244-245.

MOURA, Jocsã Araujo. **Privatização Dos Presídios No Brasil**. São Paulo: All Print Editora, 2010.

MUKAI, Toshio. **Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos: comentários à lei 8.897, de 13 de fevereiro de 1995, e lei nº. 9.074, de 1997, das concessões do setor elétrico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

Neto, Inácio de Carvalho. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: forense, 2003, p.19.

NIELSEN, Annie. Um último e determinante fator para a maior incidência de atos violentos. **Revista IPEA**. Rio de Janeiro. ed. 52. Ano 6, 05 jul. 2009, P.1-7. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?view=article&catid=28%3Areportagens-materias&id=1245%3Aano-ha-mais-lugar-seguro-criminalidade-avanca-pelo-interior-do-pais&format=pdf&option=com_content&Itemid=39>. Acesso em: 11 nov. 2015.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentário à Lei De Execução Penal: Lei 7. 201. de 11.7.1984.** rev. e ampl. São Paulo: Saraiva. 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Edmundo. **Política criminal e alternativa à prisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

OLIVEIRA, Hilderline Câmara de. **Cotidiano prisional: enigmas e significados**. Jundiaí: Paco editora, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro, dez. 2000. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em: 14 set. 15.

PENA. IN: Priberam. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/DLPO/sistema>>. Acesso em: 15. fev. 2016..

PIRIE, Madsen. Privatização, modelos e efeitos, In: GERRY, Grimstone, CALOGERO, Guissepe, DEHESA, Guilherme de La. **Privatização mercado de capitais e democracia: a recente experiência internacional**. Rio de Janeiro: Correio da Serra, 1988.

REALE, Miguel. **Penas e medidas de segurança no novo código penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SALLA, Fernando. **As Prisões em São Paulo: 1822-1940**. São Paulo: Annablume, 1999.

SILVA, André Ricardo Dias Da. **A liberdade em reflexão garantista: Reforma ou substituição do atual paradigma**. São Paulo: Baraúna.

SISTEMA. IN: Priberam. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/DLPO/sistema>>. Acesso em: 15. fev. 2016.

SUECKER, Betina Heike Krause. **Pena como retribuição e retaliação: o castigo do cárcere**. Porto Alegre: livraria do advogado, 2013.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WALD, Arnold. **O Direito Das Privatizações**: Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial Revista dos Tribunais. v. 763, p. 47-55, Mai / 1999. Disponível em: <[http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad81816000001539aad5539a441f53d&docguid=lb3ff906of25011dfab6fo1000000000&hitguid=lb3ff906of25011dfab6fo1000000000&spos=1&epos=1&td=163&context=8&startChunk=1&endChunk=1#:>. Acesso em 22.mar.16.](http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad81816000001539aad5539a441f53d&docguid=lb3ff906of25011dfab6fo1000000000&hitguid=lb3ff906of25011dfab6fo1000000000&spos=1&epos=1&td=163&context=8&startChunk=1&endChunk=1#:)

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução, Vania Romano pedrosa; Amir Lopez conceição. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Teoria geral do direito penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional De Informações Penitenciárias Infopen-Junho 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 19set.15.

a proteção previdenciária do trabalhador em relação ao trabalho insalubre: uma análise sobre aposentadoria especial

Diuli Mesquita Vargas

Bacharel em Direito pela Universidade FEEVALE.
E-mail: diulili@hotmail.com.

Marcus Vinicius Madeira

Mestre em Direito pela Universidade Federal
do Rio Grande do Sul. Graduação Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal
de Pelotas (1999).
E-mail: marcusmadeira@feevale.br.

INTRODUÇÃO

Em que pese a evolução do Direito Previdenciário, diminuta é a preocupação de parte considerável dos juristas na construção da dogmática probatória aplicável a esse subsistema jurídico. A proposta desse estudo consiste em demonstrar a importância que a aposentadoria especial tem para o trabalhador sujeito às agressões causadas por seu labor, bem como, demonstrar a dificuldade encontrada pelo segurado, no momento em que ele necessita comprovar que, de fato, estava exposto à atividade especial, uma vez que lhe incumbe o ônus da prova.

Assim, o foco do presente trabalho é analisar a questão probatória na aposentadoria especial. Trata-se, portanto, de examinar o direito à prova, necessário para satisfazer um direito fundamental, que está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, ou seja, analisar dois direitos constitucionais fundamentais, o primeiro, o direito à prova lícita e o segundo, o direito fundamental à previdência social.

A motivação para realizar esse empreendimento teórico origina-se da pré-compreensão de que o trabalhador, ao desempenhar habitualmente atividade especial, não deve permanecer desamparado diante da ausência de ferramentas e normas adequadas para comprovar os requisitos exigidos para a concessão de sua aposentadoria. Assim, se abordará na presente pesquisa a possibilidade de produção de provas, baseando-se em normas constitucionais e ordinárias, por meio do Poder Judiciário, a fim de se comprovar o efetivo exercício da atividade especial do segurado.

No dia a dia é comum que trabalhadores procurem o reconhecimento de seu direito ao meio ambiente de trabalho equilibrado e saudável junto ao INSS, deparando-se, contudo, com diversos obstáculos, principalmente no que se refere a busca por documentação hábil a comprovar as atividades especiais desempenhadas juntos aos empregadores, que em grande proporção já se encontram com suas atividades encerradas ou, ainda omitem, informações importantes.

Para tanto, o presente estudo no primeiro capítulo busca analisar a relação entre a realidade social de cada tipo de Estado, para que se possa compreender a evolução da proteção social, associando-a ao contexto histórico do desenvolvimento dos direitos fundamentais, do Estado Liberal até o Estado Social. Assim, no primeiro capítulo busca-se analisar as condições históricas em que a proteção social foi sendo consolidada, abordando de que forma as medidas coletivas foram sendo adotadas pelos homens com a finalidade de atender as necessidades sociais.

Analisada a questão da proteção social do trabalhador, no segundo capítulo empreende-se a análise do conceito, da origem e do perfil jurídico-dogmático do benefício de aposentadoria especial, averiguando quais os requisitos necessários para a concessão desse benefício previdenciário, com destaque para o conceito de trabalho insalubre. Visa-se, ainda, estudar e refletir sobre os meios lícitos de comprovação do exercício de atividade especial.

1 A PROTEÇÃO SOCIAL DO TRABALHADOR E O ESTADO SOCIAL DE DIREITO

Desde os primórdios, o homem tem se preocupado com as adversidades da vida. Os infortúnios, como a velhice, a fome, a doença, sempre existiram e foram motivos de adaptação da vida humana. Fábio Zambite Ibrahim relata que a proteção social teve como berço a família, contudo, muitos não possuíam tal proteção, surgindo aí uma necessidade de auxílio externo. Com o avanço da sociedade num todo, o individualismo passou a dominar, surgindo desta necessidade o trabalho voluntário, por exemplo, bem como, as sociedades mutualistas. Com o passar do tempo, o Estado assume parte da responsabilidade, criando um sistema estatal compulsório, coletivo e securitário.¹

Antes do surgimento das leis de proteção social, aos trabalhadores que perdiam sua condição de subsistência tinham como sua defesa unicamente a assistência caritativa das outras pessoas. Registros na Idade Média Europeia indicam que as corporações de ofícios, com o surgimento das guildas, tinham como objetivo também o de associação de assistência mútua.²

No Estado Liberal vigorava o direito subjetivo individual, ou seja, em nome da liberdade, que não poderia haver controle contratual, o legislador impedia-se de tomar qualquer medida em prol de assegurar uma igualdade diante de desiguais. Segadas Vianna explica que a classe trabalhadora vivia atormentada pela instabilidade no emprego, não possuíam garantia alguma no caso de velhice, invalidez, dependendo unicamente de caridade privada. O Estado Liberal não passava de mero espectador, já que sua função era de apenas garantir a ordem social e política, garantindo às particulares amplas liberdades econômicas. A crise veio na medida em que não se podia mais atender os acontecimentos tanto no âmbito econômico quanto no âmbito social.³

A partir de uma construção paulatina, o Estado Social surge como inspiração de justiça, liberdade e igualdade. Observa-se que, com o passar dos anos, o Estado começa a assumir parte da responsabilidade no que diz respeito a assistência aos mais carentes, até que se chega na criação de um sistema estatal securitário, coletivo e obrigatório. Tanto a rede de segurança estatal como o próprio conceito de Estado foi evoluindo, exemplo disto é o fato de ideias liberais do estado não prevalecem mais.⁴

¹ IBRAHIM, Fábio Zambite. *Curso de Direito Previdenciário*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 01-03.

² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 06.

³ MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima; SUSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de direito do trabalho*. 19. ed., atual. São Paulo, SP: LTR, 2000, p.35-36.

⁴ IBRAHIM, Fábio Zambite. *Curso de Direito Previdenciário*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p.02.

Paulo Bonavides relata que, dentre todos os momentos de crise do qual o pensamento político passou, talvez nenhum se compare, em extensão e profundidade, com a ruptura definitiva do Estado liberal, e conseqüentemente, com a sua substituição pelo Estado Social.⁵

O surgimento do direito à proteção social do trabalhador, no âmbito estatal, se deu com o processo de estruturação e análise histórica sobre o papel do Estado. O Estado Moderno foi o pioneiro de tal proteção, uma vez que consolidou as políticas de Seguridade Social, ressaltando-se para este estudo a política da Previdência social. Nos dias de hoje ao Estado é incumbido a proteção social, assim diante de alguma dificuldade que impossibilite ou dificulte o trabalhador de garantir sua subsistência o estado deverá intervir.⁶

O estado intervencionista tomou corpo em nome da solidariedade, onde foi substituída a igualdade pura pela igualdade jurídica, onde se buscou o direito que impõe o interesse geral sobre o particular, porém não se anulando o indivíduo. Se verificou que não é possível se harmonizar os interesses individuais com a liberdade econômica e a livre concorrência, muito pelo contrário. Nesse sentido, a intervenção do Estado se faz necessário em diversos procedimentos, seja regulando a iniciativa privada, vigiando e impulsionando-a, como também a trocando em benefício do interesse coletivo.⁷

O Estado, ao suprir as demandas sociais de maneira mais participativa, tem-se como o denominado Estado do Bem-Estar Social. Ibrahim defende “que a concepção de Estado protetor foi do plano Beveridge, na Inglaterra, em 1942, completando o sistema já desenvolvido na Alemanha, por Bismark, em 1883.”⁸

A Constituição Federal de 1988 prevê um Estado do Bem-Estar Social no Brasil, visto que se trata de obrigação do Estado a proteção social brasileira, impondo contribuições obrigatórias a todos os trabalhadores. Atualmente, no Brasil, o conceito de seguridade social é o “conjunto de ações do Estado, no sentido de atender às necessidades básicas de seu povo nas áreas de Previdência Social, Assistência Social e Saúde”. A previdência social, juntamente com a saúde e assistência social são denominadas pela Carta Magna como direitos sociais, sendo enquadradas como direitos fundamentais segunda geração, tendo em vista sua natureza coletiva.⁹

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 10. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2011, p.23.

⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 03.

⁷ MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima; SUSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de direito do trabalho*. 19. ed., atual. São Paulo, SP: LTR, 2000, p. 39.

⁸ IBRAHIM, Fábio Zambite. *Desaposentação*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 04.

⁹ IBRAHIM, Fábio Zambite. *Curso de Direito Previdenciário*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p.03-04.

Assim, diante da necessidade de resguardar os direitos do indivíduo, nasce a proteção social estatal. Ao homem é conferido o seu devido valor, pois se observa, ao longo da história, que a partir do desenvolvimento da evolução social, os direitos fundamentais, e em decorrência destes, os direitos sociais, foram surgindo. Certamente, que para se chegar nesse sistema de proteção social do trabalhador, o qual é organizado pelo Estado e conduzido ao coletivo, foi necessário um processo paulatino de construção, tendo em vista a essencialidade que o Estado reconhecesse determinados infortúnios como sociais, de forma a organizar a sua cobertura.

2 A CONCRETIZAÇÃO DA PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA DA SAÚDE DO TRABALHADOR E SUA REPERCUSSÃO NO CAMPO PROBATÓRIO

O propósito deste capítulo é auxiliar na compreensão da matéria previdenciária no que tange à aposentadoria especial, do qual visa compensar o beneficiário que, ao longo de sua vida laboral, desempenhou atividade em ambientes insalubres, penosos e perigosos. Para atingir os objetivos delineados, analisar-se-á o conceito de trabalho insalubre, contudo, mais do que averiguar o tipo de agentes nocivos, passíveis de conversão da especialidade, procura-se refletir sobre os meios possíveis de se comprovar o exercício de atividade especial

No Direito Previdenciário, a referência a benefícios em condições especiais é incerta. Abordar-se-á, no entanto, o benefício a ser concedido àqueles segurados expostos a agentes nocivos, em ambiente insalubre, ou seja, da aposentadoria concedida em função das condições específicas em que o trabalho é executado.

3 APOSENTADORIA ESPECIAL: CONCEITO, ORIGEM E PERFIL JURÍDICO-DOG MÁTICO

A aposentadoria especial é um dos mais complexos benefícios previdenciários, podendo-se afirmar, sem exageros, que se trata de um benefício que traz mais dificuldade de compreensão e aplicação de suas regras. Dentre as dificuldades em questão, destaca-se aquela referente à constante alteração da legislação, do qual trazem regras novas que, muitas vezes, contrariam à Constituição Federal e não são extirpadas do ordenamento jurídicos ou não compatibilizadas com o sistema jurídico brasileiro por meio da aplicação do princípio da interpretação conforme à Constituição.¹⁰

¹⁰ IBRAHIM, Fábio Zambite. *Curso de direito previdenciário*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 621.

Os autores Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari esclarecem que a finalidade da aposentadoria especial é a de amparar o trabalhador que esteve submetido a condições de labor nocivas e perigosas à sua saúde, de forma a reduzir o tempo de serviço para concessão de uma aposentadora. Salienta-se, ainda, que tal benefício tem por fundamento “o trabalho desenvolvido em atividade ditas insalubres”. Para tanto, a legislação prevê que, para caracterizar essa condição insalubre e perigosa, os pressupostos determinantes estão vinculados aos agentes ditos como perigoso ou insalubres à integridade e saúde do trabalhador, e não somente àquelas funções determinadas em regulamento.¹¹

A aposentadoria especial é assim denominada tendo em vista a redução do período aquisitivo do direito, não se confundindo com a prerrogativa concedida à mulher, por exemplo.¹²

Os benefícios em condições especiais no Direito Previdenciário, de forma geral, possuem uma referência equivocada. Em um sentido estrito, e mais adequado, tem-se a aposentadoria especial, prevista no artigo 57 da Lei nº 8.213/91. Esse benefício é concedido tendo em vista às condições particulares em que é executado o trabalho do segurado. Em um sentido mais amplo, a ideia de benefícios especiais está relacionada às aposentadorias concedidas a algumas pessoas ou mesmo categorias, como no caso da jubilação antecipada de mulheres, deficientes, professores de ensino fundamental e médio.¹³

A legislação previdenciária que trata sobre a aposentadoria especial passou por diversas mudanças ao longo do tempo, o que de certa forma provocou diversas dúvidas aos que trabalharam em condições insalubres. Tais mudanças também podem ser observadas no âmbito administrativo, pois diversas edições nas instruções normativas e ordens de serviços buscaram estabelecer os procedimentos para aplicação da legislação sobre aposentadoria especial junto a Previdência Social.¹⁴

João Ernesto Aragonés Vianna traz em sua obra uma breve evolução histórica desse benefício. Esclarece que a aposentadoria especial foi instituída pela Lei nº 3.807/60, na qual eram previstos os requisitos mínimos de 50 anos de idade, 15 anos de contribuição, e 15, 20 ou 25 anos de exercício de atividade nociva à saúde, dependendo da atividade realizada pelo segurado. Com o advento da Lei nº 5440-A de 1968 a exigência de idade mínima foi suprimida. Após, se tem a Lei nº 6.887/80 onde se instituiu a conversão de tempo comum e especial.¹⁵

¹¹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2014, p. 720.

¹² RIBEIRO, Julio Cesar Garcia. **A previdência social do regime geral na Constituição brasileira: a reforma implementada pela Emenda n. 20/98 e os novos rumos**. 1. ed. São Paulo: 2001, p. 143.

¹³ IBRAHIM, Fábio Zambite. **Curso de direito previdenciário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 621.

¹⁴ RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria especial: regime geral da previdência social**. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008, p. 09.

¹⁵ VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.515.

O artigo 32 da Lei nº 3.807/1960, que instituiu a aposentadoria especial, estipulou que o tempo mínimo de exercício do trabalho insalubre para concessão deste benefício é de 15, 20 ou 25 anos. Essa regra foi mantida pelas legislações subsequentes, sendo atualmente prevista no artigo 57 da Lei nº 8.213/91.¹⁶

A lógica para determinar o tempo para concessão do benefício ora examinado leva em consideração o grau de insalubridade pelo qual o segurado estava submetido no desempenho do seu labor. Quanto maior a nocividade desse trabalho, menor será o período de contribuição necessário para se obter a concessão da aposentadoria especial.¹⁷

A aposentadoria especial foi instituída pelo artigo 31 da Lei 3.807 de 26/08/1960, Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), a qual originou normas para amparar os segurados e seus dependentes, prevendo requisito etário e carência de 180 contribuições para concessão do benefício.¹⁸

Na primeira redação do artigo 57 da Lei 8.213/91 se admitia duas maneiras de se reconhecer o tempo de serviço como especial: a primeira se dava pelo enquadramento da categoria profissional, ou seja, dependendo da atividade desempenhada pelo trabalhador, a lei presumia que estava o segurado sujeito à condições insalubres, perigosas ou penosas; a segunda resultava o enquadramento a partir do agente nocivo, o que significa dizer, que a atividade, ou mesmo a profissão desempenhada, pouco importava, pois o caráter especial estava ligado diretamente à exposição aos agentes considerados nocivos ao segurado arrolados na legislação vigente.¹⁹

Desde a instituição do benefício de aposentadoria especial até a edição da Lei 9.032/1995, as normas previdenciárias, tanto em sentido formal e quanto material, “não fizeram referência aos requisitos de permanência, não ocasionalidade e não intermitência”.²⁰

Com o advento da Lei 9.032/95 ficou estipulado que o segurado necessariamente deveria comprovar que a exposição que sofria aos agentes insalubres ocorria de maneira habitual e permanente, assim, o fator determinante para o reconhecimento da especialidade passa a ser a comprovação do tempo laborado de forma permanente, não ocasional nem intermitente, estando submetido às condições que prejudicassem à saúde e a integridade física do trabalhador, num período mínimo de 15, 20 ou 25 anos.²¹

¹⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2014, p. 719.

¹⁷ SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 407.

¹⁸ RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria especial: regime geral da previdência social**. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008, p. 26.

¹⁹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2014, p. 720.

²⁰ RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria especial: regime geral da previdência social**. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008, p.185.

²¹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 720.

Pode-se afirmar então que foi a partir da edição da Lei 9.032/1995 que a aposentadoria especial sofreu grandes alterações, dando respaldo ao Decreto 4.882/2003, do qual alterou alguns dispositivos do Regulamento da Previdência Social, trazendo uma nova realidade. Na legislação previdenciária não se falava mais em “atividade habitual e contínua” submetido a agentes nocivos, mas sim e, “atividade permanente”.²²

Observa-se que, para a concessão do benefício de aposentadoria especial, não há distinção relativa ao tempo de trabalho entre mulheres e homens, de maneira que ambos terão de cumprir os quinze, vinte ou vinte e cinco anos necessários para a concessão do benefício.²³

O entendimento que se tem sobre o requisito de “exposição permanente” não sugere que a exposição do trabalhador à nocividade ocorra a todo momento e durante todo tempo. Mesmo que existam pequenos períodos de tempo, durante a jornada de trabalho, em que o trabalhador não esteja submetido de forma direta ao risco, tal variação é irrelevante, uma vez que se trata de uma variação inerente à atividade, não perdendo a característica de exposição permanente, marcada pelo caráter não eventual da exposição do trabalhador a agentes nocivos à sua saúde.²⁴

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento jurisprudencial no sentido que o requisito do tempo de trabalho permanente não retroage, ou seja, só poderá ser exigida a permanência para períodos laborados a partir da Lei n. 9.032 /95, onde se deu nova redação ao § 3º do art. 57 da Lei n. 8.213 /91.²⁵

Sobre o tema os autores Carlos Alberto Pereira Castro e João Batista Lazzari trazem em sua obra a Súmula 49 da TNU que assim decidiu: “Para reconhecimento de condição especial de trabalho, antes de 29/04/1995, a exposição a agentes nocivos à saúde ou à integridade física não precisa ocorrer de forma permanente”, ou seja o INSS não pode exigir comprovação de exposição habitual e permanente dos períodos anteriores à Lei 9.032/95.²⁶

Ao longo dos anos a possibilidade de conversão de tempo comum em especial variou. O autor João Ernesto Aragonés Vianna explica que até a edição da Lei nº 9.032/95 o legislador ordinário entendia pela possibilidade de conversão do tempo comum em especial e de especial em comum, após a Lei nº

²² IBRAHIM, Fábio Zambite. *Curso de direito previdenciário*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 623

²³ EDUARDO, Ítalo Romano; EDUARDO, Jeane Tavares Aragão. *Curso de direito previdenciário: teoria, jurisprudência e questões*. 9. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 412.

²⁴ IBRAHIM, Fábio Zambite. *Curso de direito previdenciário*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 623.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 295495 – AL (2013/0034084-9)*. Rel. Min. Humberto Martins. Data do Julgamento: 09 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/doc.jsp?livre=AgRg+no+AREsp+295495+AL+2013%2F0034084-9&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 08 abr. 2016.

²⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2014, p. 720.

9.032/95 se entendeu então pela proibição de conversão de tempo comum em especial, e após a Lei nº 9.711/98 se entendia pela conversão apenas de tempo de atividade especial em comum até 28 de maio de 1998.²⁷

Salienta-se que o instituto da conversão de tempo rege-se pelo princípio da igualdade, ou seja, tem fundamento constitucional, haja vista que “a ninguém é dado duvidar que a situação jurídica daquele que exerce atividade sujeita a tempo especial é diversa daquele outro que exerce atividade sujeita a tempo comum”. João Ernesto Aragonés Vianna, ao fazer tal afirmação, refere-se ao fato que o trabalhador que trabalha numa atividade altamente perigosa/nociva, perante à previdência social, não deve receber o mesmo tratamento daquele trabalhador que não está submetido a risco algum.²⁸

O § 2º do artigo 64 do Decreto nº 3.048, considera condições especiais aquelas onde a exposição ao agente nocivo no desempenho do trabalho esteja acima dos limites de tolerância estabelecidos de acordo com os critérios quantitativos e qualitativos, assim, depois do Decreto nº 2.171/1997 se considera como atividade especial somente as atividades insalubres, não mais as atividades perigosas e penosas. Os autores Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari entendem que sobre esta restrição não se tem base legal, afinal o conceito de “prejuízo à saúde e integridade física, previsto no artigo 201, § 1º, da CF, conglomeram todos os tipos de atividades que possam apresentar dano ao trabalhador.²⁹

Agentes nocivos são aqueles, que tendo em vista a natureza, concentração, intensidade e fator de exposição, possam trazer ao segurado danos à sua saúde ou à sua integridade física, isto no seu ambiente de trabalho, são levados em consideração os físicos, químicos e biológicos.³⁰

O Decreto 53.831/64, promulgado em 25/03/1964, criou um quadro anexo estabelecendo a relação dos agentes físicos, químicos e biológicos, serviços e atividades profissionais classificadas como insalubres, penosas ou perigosas, que passou a motivar a aposentadoria especial. Assim, para pleitear o benefício, o segurado deveria comprovar que trabalhou de forma habitual e permanente em condições submetido aos agentes previstos no quadro anexo ao Decreto nº 53.831/64.³¹

²⁷ VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.519.

²⁸ VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.519.

²⁹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2014, p. 720-721.

³⁰ EDUARDO, Ítalo Romano; EDUARDO, Jeane Tavares Aragão. *Curso de direito previdenciário: teoria, jurisprudência e questões*. 9. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 415.

³¹ RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. *Aposentadoria especial: regime geral da previdência social*. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008, p. 09-10, 32 e 65.

Atualmente, o anexo IV do Decreto 3.048/99 aponta os agentes nocivos químicos, físicos, biológicos, e demais agentes prejudiciais à saúde e à integridade física do segurado, assim como o tempo de exposição ponderados para concessão do benefício de aposentadoria especial. Tendo em vista o teor da Súmula nº 198 do extinto Tribunal Federal de Recursos - cuja *ratio ainda* hoje orienta o tratamento jurídico do tema -, tal relação não deve ser considerada exaustiva, mas, sim, enumerativa ou exemplificativa, uma vez que dispõe ser devida a aposentadoria especial “se a perícia judicial constatar que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em regulamento”.³²

Marina Vasques Duarte explica que os agentes nocivos são aqueles descritos nos regulamentos. Durante muito tempo, o INSS entendeu que o agente nocivo deveria estar descrito conforme o regulamento vigente no encaminhamento no benefício. Entretanto, a jurisprudência posicionou-se no sentido de que o enquadramento da atividade especial deveria ser feito levando em consideração a legislação vigente na época do exercício do trabalho, observando então os Decretos nº 53.831/1964, nº 83.080/1979, nº 2.172/1997 e nº 3.048/1999.³³

No que tange ao ruído, há uma discussão no que diz respeito ao seu nível de exposição. Até a edição do Decreto nº 2.172/1997, aplica-se concomitantemente os anexos dos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79. O item 1.1.6 do Anexo do Decreto nº 53.831/64 previa que estaria submetido a condições especial aquele trabalhador que estivesse exposto a ruídos de intensidade de 80 decibéis, quando o Decreto 83.080/79, no item 1.1.5 do Anexo I determinava que especialidade seria reconhecida com exposição a ruídos de 90 decibéis. Tendo em vista que um decreto complementava o outro e não excluía a atividade, passou-se a utilizar o critério mais vantajoso ao beneficiário.³⁴

Assim, há uma orientação do STJ, materializada no julgamento da Pet 9059 RS 2012/0046729-7, no sentido de que para que o ruído seja considerado agente nocivo no período laborado em condições especiais até 5 de março de 1997, será considerado como parâmetro a disciplina prevista no Decreto nº 53.831/64, o qual exige exposição a ruídos médios acima de 80 decibéis. Para atividades desempenhadas a partir de 6 de março de 1997, data do início da vigência do Decreto nº 2.172/97, o valor mínimo de exposição aumentou para 90 decibéis. E em 19 de novembro de 2003, o Decreto nº 4.882/03 traz novas mudanças à legislação, remetendo à aplicação da norma trabalhista para ruído (NR 15), e assim, reduzindo a exposição a ruídos para 85 decibéis.³⁵

³² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2014, p. 721.

³³ DUARTE, Marina Vasques. *Direito previdenciário*. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 268.

³⁴ DUARTE, Marina Vasques. *Direito previdenciário*. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 273.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Pet 9059 RS 2012/0046729-7*. Ministro Benedito Gonçalves. Data do Julgamento: 28 agol. 2013. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27PET%27.clas.+e+@num=%279059%27\)+ou+\(%27PET%27+adj+%279059%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27PET%27.clas.+e+@num=%279059%27)+ou+(%27PET%27+adj+%279059%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em 02 jun. 2016

O fornecimento de equipamento de proteção individual ou coletiva, ainda que previsto no laudo técnico, não tem o condão de afastar a nocividade do trabalho, devendo ser considerado todo ambiente de trabalho, analisando caso a caso, e se efetivamente for demonstrado que a exposição aos agentes nocivos foi elidida por completo, então não há o que falar em especialidade, uma vez que a situação danosa não mais existe para o segurado.³⁶

Nessa esteira, ressalta-se a Súmula nº 09 da TNU, a qual prevê que se tratando de exposição à ruídos, ainda que o uso de EPI elimine a insalubridade, não descaracterizará o tempo de serviço especial.³⁷

Tendo em vista que se trata de benefício concedido a pessoas de idade abaixo da média tradicional das aposentadorias por idade ou tempo de contribuição, a renda mensal é fixada em 100% dos salários de benefício, não havendo incidência do fator previdenciário.³⁸

Considerando que o INSS tem por objetivo promover o reconhecimento, por intermédio da Previdência Social, do direito ao recebimento de benefícios assegurando então agilidade e comodidade aos usuários e ampliação do controle social, a autora sugere que os servidores que atendem os segurados nas agências do INSS fossem submetidos a cursos regulares que habilitem a aplicar a legislação previdenciária, que por sua vez muda continuamente. Para se alcançar a agilidade e comodidade dos usuários, conforme prevê o Decreto, para a autora, não é possível que as soluções sejam buscadas somente no âmbito político ou econômico, é necessário pensar numa proposta universal, para que então as mudanças possam ser concretizadas, que resultaria na transparência do INSS e melhorias para os segurados, o que faz com que todos ganhem.³⁹

4 A COMPROVAÇÃO DO TEMPO ESPECIAL NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO

Tendo sido reconhecido, tanto individual quanto coletivamente, o direito ao meio ambiente de trabalho equilibrado e saudável, verifica que outros são obstáculos que o trabalhador encontrará. Essas dificuldades estão dentro do próprio sistema do direito positivo, denominado pelo autor Diego Henrique

³⁶ VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 529.

³⁷ BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. *Súmula n. 09 da TNU*. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=9>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

³⁸ IBRAHIM, Fábio Zambite. *Curso de direito previdenciário*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 629.

³⁹ RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. *Aposentadoria especial: regime geral da previdência social*. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008, p. 14.

Schuster como conflitos intrassistêmicos. Vive-se numa época em que se monetiza o risco no trabalho e que se inclina sobre a formação de características jurídico-dogmáticas do Direito Previdenciário, que simplesmente reproduz os critérios legais, o que acaba, na maioria das vezes, limitando a própria proteção do trabalhador. Necessário se mostra, portanto, analisar a problemática que envolve a valoração jurisdicional da prova, frente à concessão de um benefício que visa a proteção social, diante da aflição do sistema jurídico pelo enfoque excessivamente formal, o qual acaba por ignorar a realidade.⁴⁰

O Direito Previdenciário, tradicionalmente se utiliza da processualística civil para regular os seus procedimentos no que tange às lides relacionadas aos seguros sociais. Marcelo Leonardo Tavares, no entanto, traz em sua obra a questão relacionada à necessidade ou não de uma codificação própria para atender a esse tipo de demanda, como ocorre no Direito do Trabalho, estabelecimento uma nova forma de diálogo entre os direitos material e processual. Esclarece o autor que o Direito Processual Civil é utilizado como esboço das disposições de procedimento em relação a diversos ramos de Direito material, que da mesma forma que o Direito Previdenciário, também possuem certas peculiaridades.⁴¹

Nessa linha de entendimento, José Antonio Savaris esclarece que emprego ilimitado do processo civil nas lides previdenciárias pode por vezes se demonstrar inadequado, haja vista que a lide previdenciária necessita de instrumentos processuais, na maioria das vezes, distintos daqueles disponíveis no processo civil comum. Ressalta ainda, que a falta de disposição legal destinada às ações previdenciárias não evitará que se utilize de soluções processuais adequadas, uma vez que “tal diretriz é imposta diretamente pelos efeitos normativos do princípio constitucional do devido processo legal, e mais especificadamente, do direito a uma proteção judicial justa”.⁴²

Em virtude da natureza da relação jurídica de previdência social, o segurado necessita no momento que solicita o benefício, “induzir o INSS da existência dos requisitos legais do seu direito material”.⁴³

⁴⁰ SCHUSTER, Diego Henrique. **Aposentadoria Especial: entre o princípio da precaução e a proteção social**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 61.

⁴¹ TAVARES, Marcelo Leonardo. **O devido processo legal previdenciário e as presunções de prova**. Impetus, 2010. Disponível em: <http://www.impetus.com.br/artigo/g1/o-devido-processo-legal-previdenciario-e-as-presuncoes-de-prova>. Acesso em: 17 mai 2016.

⁴² SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 421 e 99.

⁴³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **A prova no direito previdenciário**. 4. ed. São Paulo: LTR, 2015, p 41.

Na doutrina processual a palavra ônus é empregada no sentido de demonstrar o encargo de determinada atitude. Trata-se, portanto, de uma obrigação disciplinada por norma permissiva, que o agente deve realizar se quiser atingir determinado objetivo, no caso de preferir se omitir não terá nenhuma sanção, contudo, não atingira sua finalidade.⁴⁴

No Direito Previdenciário, o provérbio latino que diz “quem alega tem de provar” afigura-se verdadeiro, assim quando incumbir ao segurado demonstrar alguma evidência, o encargo é dele. Há de se salientar que no caso da aposentadoria especial, por exemplo, o segurado deve convencer o INSS que durante 25 anos esteve submetido à insalubridade, contudo concedida a aposentadoria especial, e mais tarde sobrevier dúvidas, deverá a autarquia persuadir que não se tratava de atividade especial, podendo inclusive ser realizadas pesquisas de campos. No entanto, o que se observa, na prática, é que o INSS inverte o ônus da prova, exigindo do segurado as provas, sob ameaça de suspensão do benefício.⁴⁵

Indiscutivelmente, incube ao segurado o ônus da prova, ou seja, deve o segurado atentar para que a empresa lhe forneça a documentação necessária para apresentar junto ao INSS. Deverá então, o segurando apresentar à Autarquia sua Carteira de Trabalho, por exemplo, além dos formulários (SB40, DSS 8030, DIRBEN8030, PPP)⁴⁶, acompanhados do laudo técnico da empresa, que deve estar assinado por Engenheiro de Segurança do Trabalho ou ainda por um Médico do Trabalho.⁴⁷

Esclarece Wladimir Novaes Martinez que prova “são todos os meios disponíveis para convencer terceiro de alguma coisa”. Nesse sentido, o autor explica que numa comparação com a importância decisiva que a prova detém em si, não necessita de grandes questionamentos científicos em Direito, trata-se de “instituto técnico”, do qual não abrange questões teóricas, onde sua grandeza decorre dos seus meios materiais.⁴⁸

⁴⁴ BURNIER JÚNIOR, João Penido. *Teoria geral da prova*. São Paulo: Edicamp, 2001, p.101-102..

⁴⁵ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A prova no direito previdenciário*. 4. ed., São Paulo: LTR, 2015, p. 47-48.

⁴⁶ De acordo com a IN PRES 77/2015, no seu artigo 258, verifica-se que os antigos formulários são aceitos desde que emitidos até 31/12/2003, a partir de 01.01.2004, necessariamente deverá ser preenchido o formulário PPP. IN: BRASIL. Previdência Social. **Instrução Normativa INSS nº 77, de 21 de janeiro de 2015**. Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/INSS-PRES/2015/77.htm>>. Acesso em: 05 mai. 2016.

⁴⁷ DUARTE, Marina Vasques. *Direito previdenciário*. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 268.

⁴⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A prova no direito previdenciário*. 4. ed., São Paulo: LTR, 2015, p. 45.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart partem da premissa de que a “a prova não tem por objeto a reconstrução dos fatos que servirão de supedâneo para a incidência da regra jurídica abstrata”, para eles a função da prova “é se prestar como peça de argumentação no diálogo judicial”, o que significa dizer que a prova será o elemento de convencimento do Juiz, trata-se de um elemento de argumentação dirigido ao magistrado para o seu convencimento.⁴⁹

Em regra, as provas têm por objetivo os fatos, e não o direito. Tal definição é trazida pelo autor Francisco Augusto das Neves e Castro que relata que provar o fato e demonstrar a existência de determinado ocorrido, no entanto, o direito quando escrito não necessita ser provado.⁵⁰

Leciona Wladimir Novaes Martinez que a “prova é instituto técnico constitucional”, criado nos tempos antigos, com o objetivo de um indivíduo convencer ou ao menos tenta convencer outro indivíduo/instituição a respeito da existência presente ou pretérita de alguma coisa.⁵¹

Francisco Augusto das Neves e Castro ensina que “os direitos são independentes das provas no que diz respeito à sua existência, porque, antes de serem provados, já existiam: contudo, um direito qualquer, antes de se provar a sua existência, é inútil porque não se pode auferir resultado algum”.⁵²

Tanto a Constituição Federal quanto a legislação e o Direito Processual Civil em vigor permitem a utilização de todos os meios de prova no direito admitidos, com a ressalva que se trate de prova lícita, incluindo-se aqui a perícia técnica ou mesmo laudo de uma empresa similar. Ocorre que, na cotidianidade da vida, o resultado é direcionado conforme o conhecimento do perito, que se limita a verificar a presença ou ausência dos agentes que estão inscritos nos regulamentos.⁵³

Marcelo Leonardo Tavares indica que o princípio do devido processo legal deve ser entendido como uma garantia no procedimento judicial, do qual permita vastas oportunidades de manifestação e de produção de prova pelas partes, e assim compor uma lide justa e com decisões seguras e num menor espaço de tempo. Para tanto em sua obra o autor explora dois princípios que devem vigorar na lide previdenciária: o princípio da busca de verdade real e o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, frente o princípio *in dubio pro misero*.⁵⁴

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed., rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 53.

⁵⁰ CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. *Teoria das provas e suas aplicações aos Atos Cíveis*. Campinas: Servanda, 2000, p. 33-34.

⁵¹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A prova no direito previdenciário*. 4. ed., São Paulo: LTR, 2015, p. 37.

⁵² CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. *Teoria das provas e suas aplicações aos Atos Cíveis*. Campinas: Servanda, 2000, p. 30.

⁵³ SCHUSTER, Diego Henrique. *Aposentadoria especial: entre o princípio da precaução e a proteção social*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 131.

⁵⁴ TAVARES, Marcelo Leonardo. *O devido processo legal previdenciário e as presunções de prova*. Impetus, 2010. Disponível em: <http://www.impetus.com.br/artigo/91/o-devido-processo-legal-previdenciario-e-as-presuncoes-de-prova>. Acesso em: 17 mai. 2016.

José Antônio Savaris quando relata sobre o regime probatório previdenciário em sua obra defende dizendo se trata de “um direito fundamental como meio satisfação de um bem da vida também fundamental”. O autor esclarece que em matéria previdenciária, o direito à prova, está relacionada a dois direitos constitucionais fundamentais: o direito de produção de prova lícita e o direito material à Previdência Social. Assim, considerando que o direito de produzir prova difunde do devido processo legal, e até mesmo pela própria grandeza do qual se manifesta no seu conteúdo, quando se trata da prova, trata-se na verdade de um instrumento para satisfazer um direito fundamental, que está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana. Assim, observa-se o quão importante é este tema, e conseqüentemente, ao ser violado tal direito verifica-se algo extremamente gravoso.⁵⁵

Marcelo Leonardo Tavares explica que “nas lides previdenciárias, o juiz deve buscar a verdade real, não se contentando com a vontade formal”.⁵⁶

Sendo assim, “a atribuição de um direito previdenciário pressupõe a laboriosa tarefa de exame de fatos, uma vez que a maioria dos processos previdenciários se tratam de discussão fática”, como por exemplo, a natureza da atividade desempenhada pelo segurado, se especial ou comum. Sendo assim, “a ação previdenciária é então sinal de exame de prova”, o que certamente significa que tal processo está carregado de carga emocional, uma vez que “ele é impregnado de noções e apreensões que reclamam adequada instrução processual com vistas à satisfação do direito constitucional fundamental à segurança social”.⁵⁷

Considerando que o juiz deve estar convencido da (in)validade de determinada prova, é necessário observar a importância deste no seio da problemática probatória. Sendo ele o destinatário final da prova, sabe-se que, muitas vezes, a sua experiência de vida, ligada aos critérios sociais, políticos, históricos, por exemplo, pode influenciá-lo para chegar ao seu convencimento, o que acaba explicando por que, em situações idênticas, juízes distintos, pode-se chegar a resultados/decisões bem distintos, e até mesmo opostos, apesar de trabalharem com os mesmos argumentos e provas.⁵⁸

⁵⁵ SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 227.

⁵⁶ TAVARES, Marcelo Leonardo. **O devido processo legal previdenciário e as presunções de prova**. Impetus, 2010. Disponível em: <http://www.impetus.com.br/artigo/91/o-devido-processo-legal-previdenciario-e-as-presuncoes-de-prova>. Acesso em: 17 mai. 2016.

⁵⁷ SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 421 e 99.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed., rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 53.

Levando em consideração a hipossuficiência do autor da demanda previdenciária, e a própria dignidade fundamental do direito em discussão, o autor José Antonio Savaris defende que a participação do magistrado na ação previdenciária, que é “sinal de exame de prova”, deve ser empreendedora na instrução do feito, como requisito para o pronunciamento de uma sentença justa.⁵⁹

Nesse sentido, João Penino Burnier Jr relata que o papel do juiz é mínimo no que diz respeito na indicação dos meios de prova, mas tem papel importantíssimo quando defere a produção e colhe a prova.⁶⁰

No direito previdenciário, a prova da exposição do trabalhador a agentes nocivos potencialmente prejudiciais à sua saúde, é realizada por formulários e laudos produzidos pela própria empresa, onde não são raras as vezes onde a empresa disponibiliza um documento inverídico, uma vez que ao relatar todos os agentes a que seus colaboradores estão verdadeiramente submetidos poderá sofrer ações temerárias do Ministério Público, indenizações cíveis, reclamações trabalhistas, entre outros. Assim se questiona: qual empresário/empregador estaria disposto a submeter-se a isso? O número de doutrinas em saúde, higiene e segurança que ensinam a eles como não produzir provas contra si é surpreendente.⁶¹

De acordo com José Antonio Savaris, tanto a caracterização como a comprovação da especialidade de determinada atividade seguirão distintos critérios legais, levando em consideração informações referentes à atividade exercida e a lei vigente ao tempo do exercício do labor. Salienta que para o tema é de extrema importância o princípio *tempus regit actum*.⁶²

Wladimir Novaes Martinez aponta que, normalmente a comprovação da exposição aos agentes nocivos (físicos, químicos ou biológicos) se dará de quatro formas: 1) documentos laborais confessados pela empresa, 2) diligências de profissionais habilitados in loco, 3) laudos periciais particulares ou oficiais, e por fim 4) depoimentos testemunhais.⁶³

Marcelo Leonardo Tavares explica que as exigências para enquadramento de atividade especial foram se modificando juntamente com as normas previdenciárias. Evoluíram ao ponto de que, inicialmente, era necessária a comprovação da especialidade pelo enquadramento na categoria profissional,

⁵⁹ SAVARIS, José Antonio. *Direito processual previdenciário*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 421 e 229.

⁶⁰ BURNIER JUNIOR, João Penino. *Teoria geral da prova*. São Paulo: Edicamp, 2001, p.62.

⁶¹ SCHUSTER, Diego Henrique. *Aposentadoria especial: entre o princípio da precaução e a proteção social*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 131.

⁶² SAVARIS, José Antonio. *Direito processual previdenciário*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 255.

⁶³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A prova no direito previdenciário*. 4. ed., São Paulo: LTR, 2015, p. 161.

chegando até a necessidade de apresentação de formulário DSS-8030 e laudo técnico. Esclarece, no entanto, que para se caracterizar atividade especial é necessário atentar a legislação em vigor na época da prestação do serviço.⁶⁴

Verifica-se, assim, que, na hipótese de uma alteração na legislação, posterior ao cumprimento dos requisitos para concessão do benefício, a lei a ser aplicada continuará a ser aquela vigente ao tempo que o fato determinou a incidência (direito adquirido). Trata-se, pois, do princípio *lex tempus regit actum*, ou seja, impede-se que uma lei mais nova e mais restritiva retroaja, proporcionando assim segurança jurídica, boa-fé administrativa e a proteção da confiança do cidadão.⁶⁵

A efetiva comprovação da exposição do trabalhador aos agentes nocivos é realizada atualmente mediante formulário denominado perfil profissiográfico previdenciário, que será emitido pelo empresário/empregador ou seu preposto, tendo como base para o seu preenchimento o laudo técnico daquele (empresário/empregador), laudo esse expedido por engenheiro de segurança ou médico (ambos do trabalho), que relatará as condições ambientais do trabalho.⁶⁶

Assim, o perfil profissiográfico previdenciário abrangerá as atividades desempenhadas pelo trabalhador, incumbindo ao empresário/empregador elaborar e manter atualizado o formulário PPP, devendo fornecer-lo ao trabalhador no momento da rescisão contratual ou desligamento do cooperado, nos termos do artigo 68, §6 do Decreto 3.048/99.⁶⁷

O PPP é considerado um documento “histórico-laboral do trabalhador”, devendo seguir o modelo instituído pelo INSS, que entre outras informações, deverá conter informações sobre os registros ambientais, resultados de monitoração biológica e dados administrativos.⁶⁸

O formulário PPP consiste em documento individual, o qual relatará as informações que interessam somente ao segurado, devendo ser entregue ao funcionário no momento da rescisão do contrato de trabalho. O formulário em questão deve seguir fielmente o laudo técnico proveniente do empresário/empregador, sem omitir ou inserir falsos dados. Havendo qualquer discordância do trabalhador quanto às informações ali prestadas, poderá, por meio do

⁶⁴ TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito previdenciário: regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social*. 14. ed., rev. e atual. Niterói: Impetus, 2012, p.162

⁶⁵ SAVARIS, José Antonio. *Direito processual previdenciário*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 421 e 256.

⁶⁶ EDUARDO, Ítalo Romano; EDUARDO, Jeane Tavares Aragão. *Curso de direito previdenciário: teoria, jurisprudência e questões*. 9. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 413.

⁶⁷ TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito previdenciário: regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social*. 14. ed., rev. e atual. Niterói: Impetus, 2012, p.160.

⁶⁸ EDUARDO, Ítalo Romano; EDUARDO, Jeane Tavares Aragão. *Curso de direito previdenciário: teoria, jurisprudência e questões*. 9. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 412.

sindicato (ou não), requerer a confecção de novo laudo técnico, confrontando-o com aquele elaborado pela empresa/empregador. Ressalta-se que o INSS não admite a utilização de laudo técnico solicitado pelo próprio segurado.⁶⁹

Havendo divergência entre as informações prestadas no formulário PPP e o laudo técnico da empresa, salienta-se que a jurisprudência da TRU4 entende que as informações do laudo técnico devem prevalecer sobre as informações do formulário. A decisão do Incidente de Uniformização nº 0002710-75.2009.404.7195, esclarece este entendimento. No caso julgado em 28/05/2013, havia esta divergência entre o laudo e o formulário, então, com base no que estabelece o artigo 58, § 1º, da LBPS, a Turma Regional de Uniformização da 4ª Região decidiu que, “considerando que o formulário é baseado em laudo técnico, havendo divergência entre eles, prevalecem as informações constantes do laudo”.⁷⁰

O laudo técnico do empresário/empregador deverá apontar informações sobre a existência de tecnologias de proteção coletiva e individuais, as medidas e organização utilizadas em caráter administrativo, que visem minimizar ou controlar a exposição a agentes nocivos à saúde dos trabalhadores.⁷¹

No que tange ao marco exato em que se faz necessário o Laudo Técnico ainda se trata de aspecto controvertido, Fábio Zambitte Ibrahim, no entanto, sustenta que o marco correto é o da Lei nº 9.032/1995, há já vista que para a comprovação de exposição aos agentes nocivos, não há como ser realizada sem prova técnica.⁷²

A Instrução Normativa 77/2016, nos Incisos do Parágrafo 1º do Artigo 261, traz as hipóteses de laudos que não serão aceitos na análise da especialidade, ressaltando- que no seu inciso V, está previsto o laudo de empresa similar.⁷³

⁶⁹ IBRAHIM, Fábio Zambite. **Curso de Direito Previdenciário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 625.

⁷⁰ BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Incidente de Uniformização 0002710-75.2009.404.7195/RS**. Rel. Min. Leonardo Castanho Mendes. Data do Julgamento: 28 mai. 2013. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5819701>. Acesso em: 29 mai. 2016.

⁷¹ TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito previdenciário: regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social**. 14. ed., rev. e atual. Niterói: Impetus, 2012, p.160.

⁷² IBRAHIM, Fábio Zambite. **Curso de Direito Previdenciário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 626.

⁷³ BRASIL. Previdência Social. **Instrução Normativa INSS nº 77, de 21 de janeiro de 2015**. Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/INSS-PRES/2015/77.htm>>. Acesso em: 06 mai. 2016.

Ao contrário da via administrativa, junto ao poder judiciário é possível que a análise da especialidade seja realizada por similaridade, desde que se comprove que o empresário/empregador junto ao qual fora prestado o serviço nocivo à saúde do trabalhador esteja inativo e que não possuía laudo. O julgamento do Agravo de Instrumento nº 0015592-86.2010.404.0000/RS é um exemplo disso. No caso em tela, a especialidade foi negada sob alegação “de ser tal prova impraticável”. No entanto, o referido agravo de instrumento, no que tange à prova realizada em empresa similar, foi provido, sob o fundamento de admitir-se “a prova técnica por similaridade (aferição indireta das circunstâncias de labor) quando impossível a realização de perícia no próprio ambiente de trabalho do segurado”.⁷⁴

Além do mais, de acordo com a jurisprudência das Turmas Recursais da Região Sul “admite-se a comprovação do labor sob condições especiais por meio da apresentação de laudo técnico pericial pertencente a estabelecimento similar (mesma área/ramo de atividade)”. Contudo, deve-se comprovar as atividades desempenhadas na época da prestação do serviço, sendo assim, estando a função devidamente informada, contemporâneo e sem rasura na CTPS do segurado, poderá ser realizada a análise da especialidade com base na função descrita utilizando-se como parâmetro o laudo de empresa similar.⁷⁵

Outra questão a ser abordada concerne à utilização do laudo técnico não contemporâneo. Um dentre tantos argumentos utilizados para justificar a negativa da especialidade é a não contemporaneidade do laudo técnico. Veja-se. O colaborador desempenha sua atividade num período no qual o empresário/empregador não possuía laudo técnico, sendo-o realizado somente anos depois. Nesse caso a súmula nº 68 da Turma Nacional de Uniformização prevê que “o laudo pericial não contemporâneo ao período trabalhado é apto à comprovação da atividade especial do segurado”.⁷⁶

Ressalta-se, ao final, ser imprescindível que a análise da especialidade do período laborado pelo segurado seja realizada por um *expert* em sua área afim, pois o laudo deve trazer uma análise integrada de diferentes conhecimentos técnicos, sem a obrigação de atentar aos critérios legais decorrentes da opção do legislador. Nessa esteira, Diego Henrique Schuster defende⁷⁷:

⁷⁴ BRASIL. Justiça Federal da quarta Região. **Agravo de Instrumento Nº 0015592-86.2010.404.0000/RS**. Rel. Juiz Federal Loraci Flores De Lima. Data do Julgamento: 14 jul. 2010. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=3552957>. Acesso em 17 mai. 2016.

⁷⁵ BRASIL. Justiça Federal da quarta Região. **Recurso Cível Nº 5011230-67.2013.404.7107/RS**. Rel. Juiz Federal Fabio Hassen Ismael. Data do Julgamento: 13 mai. 2016. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=2&documento=12333075&termosPesquisados=reclamatoria%20trabalhista|aposentadoria|especial>

⁷⁶ BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Súmula n. 68 da TNU**. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=68&PHPSESSID=d5rpi552gvlk6fh099suantd96>>. Acesso em 29 mai. 2016.

⁷⁷ SCHUSTER, Diego Henrique. **Aposentadoria Especial: entre o princípio da precaução e a proteção social**. Curitiba: Juruá, 2016, p.131.

Para comprovação do exercício de atividade especial são aceitos outros documentos, como por exemplo, laudos técnicos periciais realizados em reclamatórias trabalhistas, laudos elaborados pelo Médico do Trabalho ou Engenheiro de Segurança do Trabalho, devidamente habilitados, que tragam todas as dependências da empresa onde foram desempenhadas as atividades, bem como, laudos individuais emitidos pelos mesmos profissionais.⁷⁸

Há de se ressaltar que a legislação previdenciária tem requisitos próprios para o enquadramento da atividade especial, do qual não se confunde com os requisitos do adicional de insalubridade, penosidade e periculosidade no âmbito trabalhista. Estes adicionais trabalhistas indiciam o direito à aposentadoria especial, mas não o asseguram.⁷⁹

CONCLUSÃO

A aposentadoria especial é um instrumento de concretização da proteção social do trabalhador submetido a condições especiais de labor, afinal, ela surge para amparar aquele trabalhador exposto às condições laborais nocivas à sua saúde e integridade física, de maneira a reduzir o tempo de serviço para concessão do benefício de aposentadoria.

No entanto, para a obtenção da tutela previdenciária desse benefício, a utilização dos meios de prova lícitos para a caracterização da atividade especial se mostram imprescindíveis, pois, além de comprovar a carência, o segurado também deve comprovar sua exposição aos agentes insalubres (físicos, químicos ou biológicos), o que poderá ocorrer por meio de formulários emitidos pelo próprio empregador, perícia técnica, laudo técnico elaborado por especialista, ou ainda por meio de depoimento de testemunhas.

Apesar da constante evolução legislativa no que se refere a esse benefício, o segurado ainda vem encontrando obstáculos para realizar a comprovação de sua exposição aos agentes nocivos.

Ao segurado é incumbido o ônus de comprovar o exercício de atividade especial, a partir de documentação fornecida por terceiro, no caso o empresário/empregador. Contudo, raras são as vezes em que os formulários apresentados por estes condizem com a realidade dos fatos.

⁷⁸ RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria especial: regime geral da previdência social**. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008, p.193.

⁷⁹ DUARTE, Marina Vasques. **Direito Previdenciário**. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p.268.

Verifica-se que na prática os empresários/empregadores, muitas vezes omitem informações importantes, deixando de relatar todos os agentes a que seus colabores estão verdadeiramente submetidos, pois temem sofrer a imposição de medidas sancionatórias por iniciativa do Ministério Público, indenizações cíveis, e reclamatórias trabalhistas, por exemplo. Para tanto, faz-se necessário que sejam criados mecanismos de fiscalização relativamente ao correto fornecimento do formulário PPP.

Outra questão importante a ser ressaltada, diz com a elaboração dos laudos técnicos, documentos que também são hábeis a comprovar a especialidade supramencionada. Os empresários/empregadores contratam clínicas de segurança do trabalho para realizar a vistoria no local de trabalho, e, conseqüentemente, relatam os fatos apurados. Ora, a possibilidade dessa clinica não querer se indispor com seu cliente é muito grande, até porque a própria doutrina de saúde, higiene e segurança ensinam as empresas a não produzirem provas contra si. Assim, verifica-se a necessidade de se implementar medidas para que a atividade fiscalizadora do Estado ocorra com maior frequência.

Além disso, dificilmente o segurado terá a especialidade de um período reconhecida administrativamente. Tal circunstância faz com que necessariamente o segurado ajuíze ação judicial para ter reconhecido seu direito à aposentadoria especial, ou mesmo na aposentadoria por tempo de contribuição em que se pretende a conversão do tempo especial em comum, uma vez que sequer é aceita pelo INSS a análise por similaridade, o que os Tribunais da Região Sul vêm reconhecendo há anos.

A análise da especialidade realizada utilizando como parâmetro laudo de empresa similar, colabora muito para a efetividade do direito do segurado, pois normalmente, quando chega o tempo de encaminhar sua aposentadoria, grande parte das empresas onde o segurado desempenhou já encerraram suas atividades, muitas vezes não se sabendo precisar o paradeiro de seus representantes e tampouco sobre a existência do laudo.

Ao final, destaca-se que a estruturação de uma dogmática probatória adequada às especificidades do Direito Previdenciário, tanto no campo teórico quanto na seara jurídico-positiva, contribuirá decisivamente para a efetivação da proteção social do trabalhador por meio do instituto da aposentadoria especial.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 10. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2011.

BRASIL. Justiça Federal da quarta Região. **Agravo de Instrumento Nº 0015592-86.2010.404.0000/RS**. Rel. Juiz Federal Loraci Flores De Lima. Data do Julgamento: 14 jul. 2010. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=3552957>. Acesso em 17 mai. 2016.

BRASIL. Justiça Federal da quarta Região. **Recurso Cível Nº 5011230-67.2013.404.7107/RS**. Rel. Juiz Federal Fabio Hassen Ismael. Data do Julgamento: 13 mai. 2016. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=2&documento=12333075&termosPesquisados=reclamatoria%20trabalhista|aposentadoria|especial>

BRASIL. Previdência Social. **Instrução Normativa INSS nº 77, de 21 de janeiro de 2015**. Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/INSS-PRES/2015/77.htm>>. Acesso em: 06 mai. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 295495 – AL (2013/0034084-9)**. Rel. Min. Humberto Martins. Data do Julgamento: 09 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?livre=AgRg+no+AREsp+295495+AL+2013%2F0034084-9&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 08 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Pet 9059 RS 2012/0046729-7**. Ministro Benedito Gonçalves. Data do Julgamento: 28 agol. 2013. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27PET%27.clas.+e+@num=%279059%27\)+ou+\(%27PET%27+adj+%279059%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27PET%27.clas.+e+@num=%279059%27)+ou+(%27PET%27+adj+%279059%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em 02 jun. 2016

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Incidente de Uniformização 0002710-75.2009.404.7195/RS**. Rel. Min. Leonardo Castanho Mendes. Data do Julgamento: 28 mai. 2013. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5819701>. Acesso em: 29 mai. 2016.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Súmula n. 09 da TNU**. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=9>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Súmula n. 68 da TNU**. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=68&PHPSESSID=d5rpi552gvlk6fh099suantdg6>>. Acesso em 29 mai. 2016.

BURNIER JÚNIOR, João Penido. **Teoria geral da prova**. São Paulo: Edicamp, 2001.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. **Teoria das provas e suas aplicações aos Atos Cíveis**. Campinas: Servanda, 2000.

DUARTE, Marina Vasques. **Direito previdenciário**. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

EDUARDO, Ítalo Romano; EDUARDO, Jeane Tavares Aragão. **Curso de direito previdenciário: teoria, jurisprudência e questões**. 9. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambite. **Curso de Direito Previdenciário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

IBRAHIM, Fábio Zambite. **Desaposentação**. 3. ed. Niterói: Impetus, 2009.

MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima; SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho**. 19. ed., atual. São Paulo, SP: LTR, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed., rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **A prova no direito previdenciário**. 4. ed., São Paulo: LTR, 2015.

RIBEIRO, Julio Cesar Garcia. **A previdência social do regime geral na Constituição brasileira: a reforma implementada pela Emenda n. 20/98 e os novos rumos**. 1. ed. São Paulo: 2001.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria especial**: regime geral da previdência social. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à lei dos benefícios da previdência social**: lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, atualizada com a Emenda Constitucional nº 20, a Lei nº 9.876/99 e a Lei nº 10.259/01. 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 212.

SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SCHUSTER, Diego Henrique. **Aposentadoria Especial**: entre o princípio da precaução e a proteção social. Curitiba: Juruá, 2016.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **O devido processo legal previdenciário e as presunções de prova**. Impetus, 2010. Disponível em: <http://www.impetus.com.br/artigo/91/o-devido-processo-legal-previdenciario-e-as-presuncoes-de-prova>. Acesso em: 17 mai 2016.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito previdenciário**: regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social. 14. ed., rev. e atual. Niterói: Impetus, 2012.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.515.

O acesso à justiça (adequado e efetivo) no estado democrático de direito: a dimensão substancial-democrática do acesso à justiça e a sua visão para além do modelo jurisdicional-estatal de tratamento de conflitos

Ezequiel Amaro Volkart

Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Feevale. E-mail: ezequielvolkart@gmail.com.

Igor Raatz

Pós-doutorando sob a supervisão do professor Lenio Luiz Streck junto à Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Doutor e mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Especialista em processo civil pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC. Membro do IIDP – Instituto Ibero-americano de Direito Processo Civil. Membro da ABDpro – Associação Brasileira de Direito Processual. Professor em cursos de pós-graduação no Rio Grande do Sul e Santa Catarina. Professor em cursos de extensão na Ordem dos Advogados, Escola Superior da Advocacia e Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Professor do curso de graduação em direito da Universidade FEEVALE. Advogado sócio fundador do escritório Raatz & Anchieta Advocacia. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5595058946588173>. E-mail: igor@raatzanchieta.com.br.

INTRODUÇÃO

Pensar o acesso à justiça sob a ótica do Estado Democrático de Direito significa, necessariamente, uma nova compreensão sobre o conceito desse importante instituto jurídico. Na perspectiva do Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça transcende o mero alcance à jurisdição, sendo necessário (re)pensá-lo à luz do direito à efetividade (e adequação) da tutela jurisdicional. Trata-se, portanto, de desvelar um conceito substancial do acesso à justiça, em que se objetiva a oferta de uma resposta adequada e efetiva ao direito material, a partir de diferentes mecanismos chancelados pela ordem jurídica, de modo que a função jurisdicional se insere, tão-somente, como uma dessas possíveis alternativas.

No entanto, o acesso à justiça substancial aqui referido não tem encontrado guarida nos momentos recentes do sistema jurídico brasileiro e muito dessa dificuldade se verifica na atuação morosa do seu Poder Judiciário. Com essa constatação, o presente artigo abordará aspectos da dita crise da Justiça, discorrendo acerca de alguns dos seus maiores causadores, bem como a respeito de proposições tendentes a amenizar e, gradativamente, a superar grande parte dos entraves ao acesso à justiça substancial.

1 O ACESSO À JUSTIÇA SUBSTANCIALMENTE EFETIVO: UMA AMPLITUDE CONCEITUAL

A base para o entendimento da amplitude conceitual aqui referida é o Estado Democrático de Direito. Nesse novo modelo de Estado surgiram: a necessidade de que todo poder emane do povo e, primordialmente, a proteção e garantia dos direitos fundamentais. Dessa forma, a garantia de acesso à justiça ganhou forte atenção da ciência processual, sendo elencada em preferência aos valores que baseavam o processo até então, diga-se, um processo autônomo ao direito material e fortemente conectado ao interesse público. Essa evolução, com o passar dos anos, fez com que o processo fosse assumindo sua qualidade cívica, passando de instrumento de atuação soberana do Estado, para um meio de garantia ao cidadão do acesso efetivo à tutela jurídica, como garantida constitucionalmente.¹

¹ BEMVENUTI, Cássio Schneider. *A razoável duração do processo na era das metas de produtividade do conselho nacional de justiça brasileiro*. 143 f. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, São Leopoldo, 2013, p. 55-56.

À vista disso, a expressão “acesso à justiça” passou à uma amplitude conceitual que abrange, além do acesso ao processo, à garantia de uma efetiva tutela jurisdicional. Trata-se de um conceito dúplice, ou seja, significa inicialmente proporcionar ao cidadão as garantias de ação e de defesa de seus direitos e, por conseguinte, denota também que o exercício dessas garantias seja ágil o suficiente para não macular o direito ali discutido no decorrer da ação.²

Reforçando tal entendimento, o legislador, por meio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, adicionou ao artigo 5º da Constituição, o Inciso LXXVIII, que traz em sua redação a garantia de um processo com duração razoável e tramitação célere.³ O surgimento do dispositivo em comento revela grande importância, pois prevê a obrigação da prestação jurisdicional em prazo razoável, traz a exigência de meios para o alcance da celeridade processual e, estabelece uma série de determinações para a organização judiciária que, se adequadamente praticadas, resultarão em aproximação ao objetivo do preceito constitucional.⁴

Impende observar nesse ponto que a preocupação de efetividade do acesso à justiça não é algo recente na Ciência Jurídica e Processual. Os professores Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em sua obra intitulada “Acesso à Justiça”, referencial sobre o tema até os dias de hoje, qualificaram a efetividade de acesso como sendo a junção de três ondas. A primeira onda menciona a necessidade do oferecimento da assistência judiciária, a segunda garantia de representação dos interesses difusos e coletivos e, a terceira, a busca de um acesso mais amplo e articulado.⁵

As duas primeiras, de alguma forma, já possuem aplicação nos sistemas jurídicos atuais, no entanto, com relação ao acesso amplo e articulado, esse ainda carece de maior aplicabilidade prática, ainda mais na realidade brasileira, que revela um Poder Judiciário fortemente moroso, e por consequência, desrespeitoso ao acesso à justiça substancialmente efetivo.

² RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natacha Silva. Acesso à justiça e novas tecnologias. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, Vinicius Almada; MARTIN, Nuria Beloso; SÁNCHEZ, Helena Nadal. (Org.). **O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais**. 1. ed. Joaçaba: Unoesc, 2015, p. 347.

³ NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p.135.

⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 39.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 06.

2 ANÁLISE DA CRISE DE MOROSIDADE DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Como bem ensina Cândido Rangel Dinamarco, falar em tutela jurisdicional atualmente significa a busca por um processo civil de resultados. A doutrina tradicional até pouco tempo tratava do tema com uma postura introspectiva, ou seja, de um sistema processual com o objetivo em si mesmo, sem dar atenção à diferença que poderia efetivamente operar na vida das pessoas. No entanto, modernamente o posicionamento é outro, busca-se agora um sistema que dê à parte mercedora do direito uma situação melhor do que aquela que tinha antes do processo.⁶

Para que se possa alcançar o objetivo contemporâneo da tutela jurisdicional, o ponto principal é a preocupação com a demora na tramitação dos processos, a dita morosidade do Poder Judiciário, podendo se exemplificar a fase atual da Justiça moderna com o alerta assinalado por Eduardo Juan Couture: “O tempo é algo mais do que ouro: é Justiça!”⁷

Com relação às causas da morosidade citada, vários são os entendimentos abordados em estudos do tema. Alguns atribuem o problema a uma crise do próprio Estado e sua sociedade, outros apontam que o problema está na gestão do Judiciário, com a falta de modernização da estrutura e despreparo dos juízes em resolver conflitos em uma sociedade cada vez mais consciente e complexa. Outros entendem que a crise é resultado de uma legislação processual inadequada. E por fim, há os que defendem que a causa está na crise de função, ou seja, no fenômeno atual da politização dos juízes e judicialização da política.⁸

2.1 A CRISE DO ESTADO REFLETIDA NA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO

Em primeiro lugar, falar do tema da crise de Estado como causa da morosidade do Judiciário, é inserir o presente tema em uma compreensão muito mais ampla. Trata-se aqui de uma crise institucional do Estado e que se evade das fronteiras de atuação do Poder Judiciário, sendo, por isso, a causa mais complexa, grave e negligenciada da atualidade.⁹ Toda e qualquer consideração de jurisdição e suas crises são reflexos da crise estatal. Surgida de um recorrente percurso

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.1 . 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.127.

⁷ COUTURE, Eduardo J. Proyecto de Código de Procedimiento Civil (con exposición de motivos). Montevideo: Impresora Uruguay, 1945, Exposição de Motivos, Capítulo II, §1º, n. 10, p. 37 apud NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios processuais na Constituição Brasileira*. 9.ed. São Paulo: RT, 2009, p. 315.

⁸ PONCIANO, Vera Lúcia Feil. *Reforma do Poder Judiciário: limites e desafios*. 2009. 213 f. Dissertação (Mestrado), Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009, p. 62.

⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. A Crise do Poder Judiciário e as Reformas Instrumentais: avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, n. 5, março/abril/maio, 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 06 de abril de 2016.

de enfraquecimento do Estado e que refletem sua incapacidade de prover suas funções mais básicas e essenciais.¹⁰ Sobre esta problemática, alguns cientistas políticos vêm imputando críticas recorrentes a estrutura do Estado brasileiro, principalmente a partir da década de 90, que concluem pela necessidade de atualização do atual modelo, sob o risco de o Estado inferiorizar-se, cada vez mais, ao desenvolvimento mundial. A superação do atual modelo relaciona-se ao não alcance dos interesses sociais por parte do Estado, e que resulta em um cidadão que se sente desprotegido e responsável unicamente ao pagamento de tributos.¹¹ Essa deficiência econômica trata-se de uma influência externa ao Poder Judiciário, uma repercussão da qual o Judiciário não possui competência institucional. Verifica-se de forma evidente que a morosidade tem uma de suas origens em um sistema Estatal inoperante economicamente, que não permite avanços sociais para a sociedade brasileira.¹²

No Estado brasileiro, substancialmente após a Constituição de 1988 e seus novos parâmetros sociais, o Judiciário brasileiro foi convocado a exercer funções a quais não estava habituado, passando a ter um papel de condutor às mudanças sociais e políticas. Essas novas funções, as quais o Poder Judiciário não estava preparado, causou uma profusão de novos litígios, pois incumbiu ao processo à função de garantia e reconhecimentos dos direitos sociais constantes na carta magna.¹³ Em suma, as ineficiências do estado em prestar os direitos e garantias da Constituição de 1988 acabaram por gerar um grande número de processos para o judiciário, que em contrapartida não recebeu aporte adequado para responder com qualidade a essa nova demanda de ações.

2.2 PROBLEMAS DE GESTÃO E ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO

Não há como dissociar o acesso à justiça eficiente do necessário acesso a um Judiciário operacional, ou seja, é importante que o cidadão possua como opção central o acesso a um Judiciário ajustado e eficaz. No entanto, a realidade atual revela o oposto, com Poder Judiciário extremamente fragilizado.¹⁴

¹⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 76-77.

¹¹ TASSE, Adel El. **A 'Crise' no poder judiciário.** Curitiba, PR: Juruá, 2001, p. 17.

¹² NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 70.

¹³ NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. Por um acesso à justiça Democrático: Primeiros Apontamentos. **Revista de processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 217, 2013, p. 77-78.

¹⁴ SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do judiciário,** Barueri: Manole, 2005, p. 114.

Sobre os problemas de gestão do Judiciário, Ovídio Baptista da Silva sustenta que a atuação do Judiciário brasileiro, dentro dos parâmetros institucionais de sua criação e dos pressupostos que o sistema lhe impõe, não tem como ser mais eficiente, refere que a atuação está dentro do que se pode prever de um gerenciamento anacrônico, ainda condicionado aos ideais do iluminismo europeu.¹⁵

Na mesma seara, Humberto Theodoro Júnior expõe que o Poder Judiciário, mesmo sendo triste reconhecer, é dentre os poderes do Estado o que apresenta maior ineficiência para a produção de efeitos práticos, aquele que mais resiste à modernização, o mais apegado aos seus rituais. Constatções que demonstram o porquê da impotência do Judiciário para suplantar a morosidade nas suas atividades e a decadência de suas operações rotineiras.¹⁶ Com uma estrutura burocrática e com abuso de formalidades, o Judiciário mudou muito pouco ao passar dos anos, em todos os aspectos. As maneiras de organização, atuação, solenidade dos ritos e a fala rebuscada, permanecem praticamente iguais há mais de cem anos. Contudo, o que mais preocupa é a mentalidade do Judiciário que é retrógrada, mantendo a certeza de que não é necessário reconhecer falhas e que é imune a críticas, pois sua função é tão relevante que seus integrantes estão acima das pessoas comuns.¹⁷

Como já referido anteriormente, a Constituição Federal de 1988 fez o despertar da nação brasileira para uma série de direitos que estavam reprimidos por um logo tempo de ditadura. Com as previsões constantes na carta magna de garantia de direitos, de confirmação de anseios, ocasionaram uma enxurrada de ações nunca antes percebidas pelo Poder Judiciário. De outro modo, apesar da autonomia de atuação administrativa do Judiciário, também prevista pela Constituição, sua estrutura não estava preparado para resolver a profusão de demandas advindas do direito de acesso irrestrito ao Judiciário.¹⁸

Para exemplificar esse descompasso é necessário o apontamento de alguns dados da Justiça Brasileira. Em pesquisa realizada pelo CNJ foi revelado que o total de demandas em tramitação no Judiciário brasileiro apresenta uma trajetória de aumento significativo desde o ano de 2009 quando totalizavam 83,4 milhões de ações, chegando em 2012 ao número de 92,2 milhões de ações, sendo destes, 28,2 milhões (31%) de demandas novas. Em contrapartida a estrutura

¹⁵ SILVA, Ovídio Araújo Batista da. *Advocacia de Tempos de Crise*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235067095174218181901.pdf>>. Acesso em: 26 de março de 2016, p. 03-04.

¹⁶ THEODORO JR., Humberto. *Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>. Acesso em: 08 de abril de 2016.

¹⁷ SILVA, Adriana dos Santos. *Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do judiciário*, Barueri: Manole, 2005, p. 119.

¹⁸ GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. *A crise de gestão do poder judiciário: o problema, as consequências e os possíveis caminhos para a solução*. Brasília: ENFAM, 2011. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2013/01/2099_Des__Marcos_Alaor_Artigo_ENFAM_28_4_2011_editado.pdf>. Acesso em: 05 de abril de 2016.

do Judiciário apresenta 17.077 magistrados e 390.388 serventuários. Perceba-se que em uma análise simplista o número aproximado de 5.400 processos para cada magistrado brasileiro. Já nos Tribunais Superiores: no STF tramitam 577 mil processos entre 33 magistrados e 4.885 servidores e no STJ, durante o ano de 2012, tramitaram 66.831 processos para 11 Ministros, média de 5.755 demandas por Ministro.¹⁹

Nessa senda, acerca da profusão de demandas e do grande volume de julgamentos das Supremas Cortes brasileiras, Ovídio Baptista da Silva adverte:

Qual o fator misterioso que torna a doutrina brasileira inteiramente alienada, despida da mais insignificante parcela de senso crítico, capaz de denunciar a alucinante loucura a que submetemos nossos Tribunais Supremos? Qual o misterioso fator que nos permite conviver com uma situação análoga em todos os setores da jurisdição comum, sem que sobre essa anomalia patológica se levante uma voz, sequer, para secundar o gesto de Proto Pisani, ao denunciar o que, para a doutrina italiana, pareceu um "dato allucinante"?²⁰ O número de recursos que um magistrado alemão da Suprema Corte julga num ano, nossos Ministros, tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça, julgam em apenas um dia!²¹

Grande parte dos dados apresentados nesse subtítulo foram colhidos pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça), órgão criado por meio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 e que trouxe para Judiciário brasileiro uma nova gestão, aproximando o Direito das ciências gerenciais. É verdade que a criação do CNJ traduz uma evolução do tema no Estado brasileiro, mas também, deixa evidente a crise gerencial do Poder Judiciário.²² A necessidade de superação da crise gerencial é de fundamental importância para o alcance do acesso à justiça efetivo. Reforçando, Humberto Theodoro Júnior explica que o ponto substancial e crítico da morosidade do Judiciário encontra-se em seu plano administrativo, no gerenciamento de suas atuações forenses, visto que representam etapas mortas para o processo e que retardam o seu devido andamento.²³

¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini ; WATANABE, Kazuo ; SALLES, Carlos Alberto de ; GABBAY, Daniela Monteiro ; LAGRASTA, Valeria Ferioli . Conferência de Seoul 2014. Constituição e processo: acesso efetivo à justiça: o direito de acesso à justiça e responsabilidades públicas. Relatório brasileiro. *Revista de Processo*, v. 40, p. 17-31, 2015.

²⁰ O processualista italiano Andrea Proto Pisani, em estudo publicado na Revista de processo (REPRO), Editora Revista dos Tribunais, em março de 2008, alertou ao número insuportável de feitos atribuídos anualmente aos julgamentos da Corte Italiana, utilizando a expressão "dato allucinante" ao analisar os números do ano de 2006 da Corte Italiana e constatar o número médio de 220 decisões por conselheiro, o que para o autor dificulta decisões aprofundadas e necessariamente atenciosas que deveriam ser próprias de um Tribunal de última instância.

²¹ SILVA, Ovídio Araújo Batista da. *Advocacia de Tempos de Crise*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235067095174218181901.pdf>>. Acesso em: 26 de março de 2016, p. 06.

²² NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 131.

²³ THEODORO JR., Humberto. *Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>. Acesso em: 08 de abril de 2016.

Impende concluir que a estrutura do órgão jurisdicional, oriunda do direito privado romano e aprimorado pelo Iluminismo europeu, verifica-se desgastada pela evolução do tempo. Sua eficiência não mais acompanha as necessidades contemporâneas, surgidas com a globalização e pontuadas pela velocidade.²⁴

2.3 LEGISLAÇÃO PROCESSUAL INADEQUADA À EFETIVIDADE JURISDICIONAL

A eficiência do Judiciário se tornou tema de grande importância dentro da doutrina processual contemporânea, traduzindo-se em estudos direcionados para a busca de uma efetiva tutela jurisdicional. Assim, cabendo à ciência processual a disposição do sistema de julgamento das demandas, buscaram os estudiosos da matéria a criação de diversas medidas para a obtenção do resultado almejado.²⁵

É de se verificar que a crise da legislação processual abrange uma série de preocupações, desde o equilíbrio da ordem jurídica até as formalidades dos procedimentos, tornando importante a noção de que a morosidade apresentada pelo Judiciário não advém unicamente de sua ordem estrutural, mas também da legislação processual. Assim, a busca na discussão das Leis processuais é no sentido de simplificação do processo como um todo, com procedimentos ágeis, simplificados e econômicos.²⁶ A crise da legislação processual abrange as leis em seu sentido amplo, isto é, normas tidas como inadequadas para o bom andamento do processo e dos procedimentos, e que afetam a atuação do Judiciário nos aspectos quantitativos, a respeito do tempo do processo, e, qualitativo, a respeito da eficácia das decisões, haja vista o formalismo, inúmeros procedimentos possíveis.²⁷

Para que se compreenda a influência da legislação processual com a morosidade recente do Judiciário é necessária que se remeta para as origens da formação do Código de Processo Civil de 1973, um Código fortemente baseado na doutrina do professor italiano Enrico Túllio Liebman, e nos ideais do direito

²⁴ PONCIANO, Vera Lúcia Feil. **Reforma do Poder Judiciário: limites e desafios**. 2009. 213 f. Dissertação (Mestrado), Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009, p. 91-92.

²⁵ FERRARETTO, José Jair e OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach de. Acesso à justiça. **Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta**. Ano V, n. 8, maio/2004, p. 40.

²⁶ SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do Judiciário e a visão dos juízes. **Revista USP**, Brasil, n. 21, p. 34-45, mai. 1994. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26934/28712>>. Acesso em: 10 de abril de 2016, p. 40.

²⁷ PONCIANO, Vera Lúcia Feil. **Reforma do Poder Judiciário: limites e desafios**. 2009. 213 f. Dissertação (Mestrado), Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009, p. 87.

européu da época.²⁸ Liebman deixa a Itália por conta das agitações da 2ª Guerra Mundial e, após um breve período no Uruguai, vem a residir e lecionar no Brasil. Representando a importante ligação do processualismo europeu com a doutrina brasileira, passa a ser conhecido como o pai da ciência processual nacional, influenciando nesse período grandes processualistas brasileiros, incluindo o professor Alfredo Buzaid, o qual viria a ser, um pouco depois, responsável pelo anteprojeto do CPC de 1973.²⁹

À vista disso, o Código de 1973 se baseou nas repercussões do processualismo europeu, com uma estrutura fundamentada em seu cientificismo próprio, representando um código apartado do direito material. Ademais, revelava um compromisso com a administração da Justiça e, de ser fiel a finalidade do processo isto é, satisfazer o interesse público na aplicação da Lei e dar o direito a quem o merecesse. Inegável que o CPC de 1973 detinha previsões para a agilidade do processo, no entanto, com a evolução da sociedade brasileira, essas viriam a se mostrar insuficientes. Com o agravamento da crise do judiciário, especialmente pós Constituição de 1988, a legislação processual passou por inúmeras reformas, ocorrendo na década de 90, por exemplo, mais de uma dezena de diplomas legislativos que se puseram a alterar o CPC de 1973, todos com o objetivo de celeridade procedimental e efetividade da tutela jurisdicional.³⁰ Diga-se que grande parte dessas alterações foram inspiradas na doutrina, pois com o objetivo de superação da morosidade e de garantia da resposta jurisdicional efetiva, a doutrina processual brasileira se pôs, cientificamente, a criar meios e procedimentos eficazes e céleres para a aproximação de direito brasileiro a um acesso à justiça adequado.³¹

Ainda sobre as mudanças legislativas, importantes ferramentas adentraram no direito brasileiro a partir delas, tais como: antecipação de tutela (artigos 273 e 461 do CPC/73), Citação por carta AR (artigos 222 do CPC/73), ação monitória (artigos 1.102-a e seguintes do CPC/73), a adoção da audiência preliminar de conciliação e saneamento do processo (artigo 331 do CPC/73), o acréscimo de títulos executivos extrajudiciais (artigo 585, II do CPC/73), etc.³²

²⁸ THEODORO JR., Humberto. *Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>. Acesso em: 08 de abril de 2016.

²⁹ MITIDIERO, Daniel Francisco. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 183, p. 165-194, maio 2010, p. 173-175.

³⁰ THEODORO JR., Humberto. *Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>. Acesso em: 08 de abril de 2016.

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. O custo e o tempo do processo civil brasileiro. *Revista da faculdade de direito da universidade federal do Paraná*. Porto Alegre: síntese, v.37, 2002, p. 38.

³² THEODORO JR., Humberto. *Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>. Acesso em: 08 de abril de 2016.

Fica evidente que os maiores avanços operados na problemática de superação da morosidade se deram na legislação processual, no entanto, não foram capazes de superar a concepção social de demora excessiva da resposta jurisdicional. Nas palavras de Ovídio Baptista da Silva:

Embora se deva reconhecer o inegável mérito das tentativas de 'modernização' de nosso processo civil, todas elas, como já o dissemos, serão incapazes de produzir uma transformação significativa em nossa experiência judiciária. Sem uma profunda e corajosa revisão de nosso 'paradigma', capaz de torná-lo harmônico com a sociedade complexa, pluralista e democrática da experiência contemporânea.³³

Importa referir que a doutrina nacional não fugiu a sua missão de aventar proposições de novos procedimentos e meios de suplantar essa dificuldade de acesso à justiça. Igualmente o legislador, ciente da necessidade social atual, tem se comprometido em modificar a legislação processual.³⁴ Nesse ponto, há que se fazer a ressalva sobre o início da vigência do Código de Processo Civil de 2015, diploma que traz importantes mecanismos visando o alcance da celeridade jurisdicional e que será abordado mais adiante, em tópico próprio do presente artigo.

2.4 POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A causa aqui aventada tem ligação com a responsabilidade de atuação e as novas funções do Poder Judiciário no atual Estado brasileiro. As causas para essa problemática seriam: a politização do Poder Judiciário frente à sua relação com outros Poderes e a judicialização da política.³⁵

Inicialmente, note-se que o problema aqui abordado tem ligação com a idealização da separação dos Poderes, e nesse caminho importa o esclarecimento de que a noção do perfeito formalismo, com a separação dentre eles como se fosse um muro, no mundo prático não existe. Na aplicação diária das normas jurídicas, principalmente nas constitucionais, a política e o direito se relacionam e se influenciam mutuamente.³⁶ Mesmo que a relação entre a política e o Poder

³³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed., rev. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007, p. 219.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. O custo e o tempo do processo civil brasileiro. *Revista da faculdade de direito da universidade federal do Paraná*. Porto Alegre: síntese, v.37, 2002, p. 38.

³⁵ PONCIANO, Vera Lúcia Feil. *Reforma do Poder Judiciário: limites e desafios*. 2009. 213 f. Dissertação (Mestrado), Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009, p. 88-89.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2012, p. 364.

Judiciário seja compreensível, é inegável que o Poder Judiciário enfrenta hoje um desafio, pois acaba responsável pela compensação sistêmica nas ausências dos Executivo e Legislativo. Além do mais, se vê assoberbado com as suas próprias funções jurisdicionais e, ainda, com essa necessidade de sobreposição de funções que são responsabilidade dos outros dois Poderes.³⁷

Partindo para as definições conceituais, Luís Roberto Barroso define que a ideia central da politização do Judiciário (ou ativismo judicial como preferem alguns) está em uma atuação amplificada do Poder Judiciário na confirmação e realização dos valores e objetivos constitucionais, com uma interferência direta e maior nos outros poderes.³⁸

Por outro lado, tratando do conceito da judicialização da política, esta concerne às atribuições de políticas governamentais que são transferidas para o Poder Judiciário, para que este as conforme e efetive segundo os parâmetros legais.³⁹ Nessa senda, João Carlos Medeiros de Aragão expõem que a judicialização da política é a reação do Poder Judiciário quando da provocação de um terceiro com a finalidade de revisão das decisões do poder político, sempre baseado nas estritas previsões da constituição. Completa que o fenômeno da judicialização da política pode ser considerado como o fenômeno da influência do Judiciário nas instituições políticas, exprimindo conseqüências no processo de decisão das democracias da atualidade.⁴⁰

Adiante, ao se buscar a origem de tais fenômenos, impende observar que o Estado brasileiro não teve chance nem tempo de por em prática a consolidação de suas estruturas sociais. Essa constatação explica o porquê da precariedade da política brasileira que com muita dificuldade busca construir a democracia frente a grande desigualdade social presente no Brasil. Conclui-se, dessa maneira, que a precariedade da política brasileira inundou o Judiciário de encargos que, em um sistema democraticamente ideal e eficiente, poderiam ser cumpridas pelas políticas governamentais.⁴¹

³⁷ NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 129-130

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2012, p. 364.

³⁹ PONCIANO, Vera Lúcia Feil. *Reforma do Poder Judiciário: limites e desafios*. 2009. 213 f. Dissertação (Mestrado), Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009, p. 89.

⁴⁰ ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. *Judicialização da política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013, p. 66.

⁴¹ SILVA, Ovídio Araújo Batista da. *Advocacia de Tempos de Crise*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235067095174218181901.pdf>>. Acesso em: 26 de março de 2016, p. 10.

3 ACESSO À JUSTIÇA ADEQUADO E EFETIVO: POSSIBILIDADES E PERSPECTIVAS

Como visto até este ponto, muito já se evoluiu no instituto do acesso à justiça, no entanto, na busca contemporânea da dimensão substancial-democrática do acesso, é necessário que existam possibilidades concretas e efetivas para o cidadão optar e obter a solução efetiva de seu conflito. No atual cenário em que se encontra o Judiciário, assoberbado e moroso, é necessária a conscientização social de que a resolução de conflitos não importa, necessariamente, na intervenção estatal, podendo ser realizada de forma eficaz pelos meios extra estatais. O que não significa, igualmente, o abandono por completo da prestação estatal de Jurisdição, pois esta, quando necessária, deve apresentar soluções efetivas e tempestivas.

3.1 O ACESSO PARA ALÉM DA TUTELA ESTATAL

É sobremodo importante assinalar que toda a ciência do Direito, com seus institutos e seus métodos, busca a pacificação social e a resolução de conflitos. A acepção de conflito pode ser definida a partir da conceituação de lide desenvolvida por Francesco Carnelutti. Conforme o autor a lide decorre de um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.⁴² Assim, conflito abrange uma ocorrência entre dois ou mais sujeitos, em que se tem pretensão a uma situação ou um bem e não há a possibilidade de tê-lo, seja porque lhe foi negada pela outra parte, seja porque a lei imponha a necessidade do uso do processo.⁴³

Portanto, a resolução desses conflitos, com suas múltiplas conformações, depende da existência de uma Justiça corretamente estruturada para responder em qualidade e quantidade a essa demanda. Ressalte-se que para alguns conflitos a atual estrutura do Poder Judiciário se mostra correta, principalmente para conflitos complexos e formais. Outros, no entanto, apresentam baixa relevância econômica e grande quantidade de repetições, exigindo assim uma estrutura mais leve e célere.⁴⁴

Quanto à quantidade de litígios na sociedade, não se deve, ingenuamente, pensar em tentativas de sua diminuição, pois se tratam de situações inevitáveis e salutares em uma sociedade orientada pelo ideal democrático.⁴⁵ Além disso, é necessário analisar a resolução dos conflitos de uma forma mais

⁴² CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista, v.1, Campinas, SP: Servanda, 1999, p. 77-78.

⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.1. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.136.

⁴⁴ WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo, (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 132.

⁴⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 47.

abrangente. Mesmo que o Estado brasileiro apresente o sistema de jurisdição una, isto é, cabendo ao Poder Judiciário a última palavra nas questões de direito, não cabe pensar em exclusividade de resolução de conflitos pelo Poder estatal.⁴⁶

Dessa forma, é necessário se pensar na adoção de vias *adequadas* de resolução de conflitos que não dependem, necessariamente, da atuação estatal, ou seja, a resolução de litígios em ato dos próprios envolvidos, como a autocomposição (conciliação, mediação e negociação) ou, ainda, pela arbitragem que é ato dos envolvidos e de um terceiro.⁴⁷

À vista dessa necessidade, importante relatar a experiência de outros países quando do defrontamento da problemática, principalmente os Estado Unidos e grande parte dos países da União Europeia, uma vez que estes implantaram com êxito em seus sistemas, novas formas de resolução de conflitos, designadas por ADR⁴⁸ (alternative dispute resolution). A experiência norte americana é baseada no sistema de multiportas, que já é utilizado há anos e com grande adoção pela população.⁴⁹ Atualmente, a referida expressão, merece ser abandonada. Na Europa, onde a mediação vem sendo, gradualmente, implementada como um mecanismo privilegiado de solução dos litígios, a Diretiva 2008/52 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, estabelece, no item 19 das considerações para a sua proposição, que “a mediação não deverá ser considerada uma alternativa inferior ao processo judicial”.

A despeito do sistema multiportas, este pode ser conceituado como um sistema de aplicação de procedimentos alternativos para o alcance da resolução de conflitos, isto é, em situações que cabe negociação, é apresentada às partes uma série de possibilidades, “portas”, com o intuito de utilização, de acordo com o caso em concreto, do meio mais propício e adequado para a resolução do conflito.⁵⁰

⁴⁶ WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo, (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 132.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 30.

⁴⁸ ADR (alternative dispute resolution) Sistema conceituado pelo Código dos Estados Unidos como: (tradução livre) “Para os fins deste capítulo, um processo de resolução alternativa de litígios inclui qualquer processo ou procedimento, que não seja um julgamento por um juiz, em que uma terceira parte neutra participa para ajudar na resolução de questões em controvérsia, por meio de processos, tais como: avaliação neutra inicial, mediação, mini-julgamento e arbitragem conforme previsto nas seções 654 e 658.” Texto original In: **U.S. Code, Title, 28, Part III, Chapter, 44, § 651, “a”**, disponível em: <<http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title28-section651&num=0&edition=prelim>>. Acesso em 16 de abril de 2016.

⁴⁹ ARRUDA, Paula Roberta Corrêa dos Santos. A mediação e a busca pela efetividade do acesso à justiça. **Revista CEJ**, Brasília, v. 18, n. 64, set./dez. 2014, p. 42.

⁵⁰ SOUSA, Mariana Almeida de; SALES, Lília Maia de Moraes. O Sistema de Múltiplas Portas e o Judiciário Brasileiro. **Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 16, ano 5, jul./set. 2011, p. 204.

A implantação exitosa desse sistema tem o incentivo evidente da atual inaptidão do Judiciário e sua morosidade de resolução de conflitos. Assim as utilizações de sistemas alternativos ao redor do mundo, ADRs, revelam duas vantagens principais, uma de ordem quantitativa e outra de natureza qualitativa. Quantitativa, pois apresenta um meio eficiente, de menor custo e muito mais célere. Com relação à vantagem qualitativa, esta se relaciona a maior participação das partes na resolução de seus conflitos, o aumento do sigilo sobre o caso e a maior possibilidade de reconciliação entre as partes e recuperação das relações sociais.⁵¹

É de se verificar que o Brasil não esteve alienado a esse fenômeno. Após a Constituição de 1988, a ideia desse novo sistema já se encontra presente, de forma significativa, na estrutura de alguns organismos de pacificação de litígios como na regulamentação da Lei 9.307 de 1996, Lei de Arbitragem. Perceba-se, também, o juizado especial cível (JEC), prestigiado pela atual Constituição e que representa um exemplo de meio concebido para incentivar as partes à conciliação, utilizando além da figura tradicional do juiz estatal, a de conciliadores e juízes leigos.⁵²

Além disso, o Brasil, a partir da Resolução nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, alcançou um importante avanço em direção à efetivação dos meios alternativos de resolução de conflitos, no entanto, essa nova proposta continuou vinculando a resolução dos litígios aos tribunais estatais.⁵³

Como já referido anteriormente, os meios alternativos de composição foram implantados com êxito na experiência americana, porém, existe uma diferença importante entre a aplicação desse tema nos Estados Unidos e no Brasil. Lá a aplicação da resolução de conflitos se dá predominantemente por institutos da sociedade civil, ou seja, por clínicas de conciliação. No Brasil, por outro lado, essa atividade é substancialmente promovida nos próprios tribunais do Poder Judiciário, o que desvia, por completo, o objetivo de diminuir a presença dos tribunais na vida das pessoas.⁵⁴ Independente disso, a tendência moderna

⁵¹ MACEDO, Elaine Harzheim; FACCHINI NETO, Eugênio. Fuga da Jurisdição? Reflexões sobre a busca de alternativas à jurisdição. *Quaestio Iuris*, v. 09, n.1, Rio de Janeiro, 2016, p. 526-527.

⁵² THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre G. Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC - Fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, v. 1, 2015, p. 242.

⁵³ ARRUDA, Paula Roberta Corrêa dos Santos. A mediação e a busca pela efetividade do acesso à justiça. *Revista CEJ*, Brasília, v. 18, n. 64, set./dez. 2014, p. 33.

⁵⁴ NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p.102-103.

do direito processual está voltada ao alcance de direito e justiça mais acessíveis. Mais do que isso, objetiva-se uma consciência jurídica de valorização dos meios alternativos como instrumento de evolução social.⁵⁵

Nesse momento, é imprescindível a distinção dos meios citados. Inicialmente há uma divisão em dois distintos grupos: de um lado, os meios de resolução heterônimos, e, de outro, os autônomos. Os heterônimos se vinculam a outras duas divisões, o da jurisdição estatal e o da arbitragem. Note-se que o que caracteriza esses dois meios é a presença de terceiro para julgar coercitivamente o conflito, sendo o juiz na jurisdição estatal e o árbitro na resolução arbitral. A diferença substancial entre eles está na determinação do julgador. Enquanto na arbitragem resta incumbido às partes a escolha do profissional (árbitro), na jurisdição estatal essa definição fica em conformidade às regras de competência definidas na lei processual.⁵⁶ Por outro lado, os meios autônomos, em que se inserem a conciliação e a mediação, são caracterizados pela efetiva participação das partes na resolução do conflito. Nesse grupo, a solução do conflito é intermediada por um terceiro que intervém no processo negocial, mas somente para auxiliar as partes para a autocomposição.⁵⁷ Com relação às características e diferenciações dos dois métodos, deve-se entender que estas ocorrem em sua conceituação, no papel dos profissionais intermediadores, nos tipos de litígios tratados, nos objetivos almejados, nos resultados esperados, entre outras. A conciliação possui a característica principal de busca de pacificação do litígio, isto é, mesmo que as partes sejam adversárias, devem procurar a composição a fim de evitar a proposição de um futuro processo. Além disso, outra característica importante é que na conciliação, em tese, não há relação anterior das partes antes do conflito, enquanto na mediação esse vínculo já existia anteriormente, o que torna a função do mediador mais complexa, já que deve restaurar o diálogo das partes para a resolução do conflito e para o restabelecimento do vínculo social.⁵⁸ Acrescentando às características diferenciadoras dos termos, o Novo CPC de 2015 prevê a atuação do conciliador em casos em que não há vínculo anterior, 165, § 1º. E, de outro modo, prevê a atuação do mediador nos casos em que há vínculo anterior, objetivando na mediação o alcance da pacificação entre as partes, 165º, § 3º.

⁵⁵ SILVA, Antônio Hélio. Arbitragem, mediação e conciliação. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação**. v. 7, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 18.

⁵⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 125-126.

⁵⁷ DIDIER Jr., Fredie. A arbitragem no novo Código de Processo Civil (versão da Câmara dos Deputados, dep. Paulo Teixeira). **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 79, 2013, p. 275.

⁵⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 174-176.

Em remate, ainda sobre essa abordagem, importante referir que o Novo Código de Processo Civil, influenciado pela teoria das ADRs e pela resolução nº 125 do CNJ, incluiu em seus dispositivos alguns pontos relevantes para a implementação dos meios alternativos no Brasil. No entanto a abordagem desses pontos se dará em tópico adiante que cuidará das perspectivas do Novo Código de Processo Civil.

3.2 O ACESSO À JUSTIÇA ADEQUADO E EFETIVO POR MEIO DO PODER JUDICIÁRIO: CONSIDERAÇÕES E PERSPECTIVAS

Como visto, a adoção dos meios alternativos de resolução de conflitos é de suma importância para o desafogo do Judiciário, melhora de sua atuação e aproximação do acesso à justiça eficaz. No entanto, apenas isso não bastará para a superação da crise, sendo fundamental para a melhora do tema o fortalecimento da Poder Judiciário.

3.2.1 Considerações para superação da morosidade do Judiciário

Como já exposto anteriormente, um dos grandes entraves para o acesso à justiça na atualidade é a morosidade do Judiciário. Nessa cena, com o objetivo de um acesso à justiça substancialmente efetivo, se iniciou uma busca constante de melhoria da gestão do Judiciário, com a redução dos custos e maximização dos recursos.⁵⁹ Assim, tendo em vista a escassez de recursos e o avanço dos tempos modernos, a tecnologia se revelou uma grande ferramenta para a superação da morosidade. De tal modo que, no ano de 1999, época em que a internet já era utilizada em larga escala e de forma popularizada, surgiu timidamente a lei nº 9.800 de 1999, autorizando a utilização de sistema de transmissão de imagens e dados para prática de atos processuais que carecem de petição escrita pelas partes. Em seguida, surgiu a lei 10.259 de 2001, lei dos Juizados Especiais Federais, em que se previa a intimação das partes e o recebimento de petições por meio eletrônico, lei esta que serviu de base para a criação do processo eletrônico, E-Proc, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por meio da sua Resolução nº 13 de 2004.⁶⁰

⁵⁹ MENDES, Gilmar. *Organização do Poder Judiciário brasileiro*. Discurso proferido perante o Presidente do Supremo Tribunal Popular da China, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/JudicBrasil.pdf>>. Acesso em: 14 de maio de 2016.

⁶⁰ PONCIANO, Vera Lúcia Feil. *Reforma do Poder Judiciário: limites e desafios*. 2009. 213 f. Dissertação (Mestrado), Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009, p. 148.

Outro ponto de extrema relevância na modernização dos sistemas judiciais se deu com a emenda Constitucional nº 45 de 2004. A referida emenda adicionou ao texto da lei maior a previsão de duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII), bem como criou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para impor uma nova gestão ao Poder Judiciário.⁶¹ Dessa forma, a emenda Constitucional demonstrou que o alcance de uma justiça mais eficiente demanda um maior planejamento e racionalização da máquina judiciária, tornando fundamental a elaboração de estudos estatísticos para isso.⁶²

A aplicação da modernização do Judiciário em sua estrutura e gestão oferece incontáveis possibilidades de melhora da morosidade dos serviços judiciais, sendo que a atuação do CNJ já originou frutos para o Judiciário. Dentro do planejamento estratégico de gestão e modernização do processo produtivo, o CNJ tem promovido a utilização de novas ferramentas para aumentar a efetividade operacional, modernizando antigas soluções tradicionais, a saber: BACEN JUD (sistema informatizado junto ao Banco Central que proporciona aos juízes a retenção de valores para penhora e indisponibilidade); RENAJUD (sistema ligado ao DETRAN e ao RENAVAL que possibilita aos magistrados a efetivação de restrição de veículos quando necessário); INFOJUD (sistema que permite ao Poder Judiciário obter informações de pessoas e seus bens por meio da Receita Federal); entre outros.⁶³

Outro importante acontecimento de modernização do Judiciário e do processo surgiu no ano de 2006. Aborda-se aqui o surgimento da Lei nº 11.419/06, conhecida como a Lei de Informatização do Judiciário, e que buscou a transformação cultural do processo civil no Brasil, atualizando-o em conformidade aos avanços de tecnologia dispostos e amplamente utilizados pela sociedade na atualidade. A referida Lei teve como escopo central disciplinar o processo eletrônico, objetivando a economia, celeridade processual e diminuindo as resistências e custos.

Essa informatização foi um grande progresso para o Judiciário brasileiro, no entanto, a experiência do processo eletrônico no direito brasileiro não se demonstra isenta a críticas. Ocorre que a aplicação do processo eletrônico no sistema judicial brasileiro apresenta uma indesejável falta de uniformidade nos procedimentos, se revelando diferente nos mais variados tribunais da federação, dificultando enormemente a atuação dos advogados, já que necessitam

⁶¹ NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p.130.

⁶² BEMVENUTI, Cássio Schneider. *A razoável duração do processo na era das metas de produtividade do conselho nacional de justiça brasileiro*. 143 f. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, São Leopoldo, 2013, p. 96.

⁶³ MENDES, Gilmar. *Organização do Poder Judiciário brasileiro*. Discurso proferido perante o Presidente do Supremo Tribunal Popular da China, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/JudicBrasil.pdf>>. Acesso em: 14 de maio de 2016.

dominar as funcionalidades de cada portal distinto.⁶⁴ Denota-se que as críticas ao processo eletrônico brasileiro surgem de um modelo criado com preocupação dos imperativos técnicos de informatização, e não das estruturas normativas do direito, isto é, os sistemas atuais no Brasil invertem o verdadeiro propósito, pois deveriam, com seu funcionamento, responder aos anseios dos usuários e não dos técnicos de informática. Além disso, não existe vantagem na manutenção de vários sistemas diferentes e que não funcionam de forma semelhante, constatando assim a urgente necessidade de unificação de sistemas, com predomínio de software livre (sistemas gratuitos e de livre operação pelos usuários), e disponível em rede acessível pela internet, jamais por programas ou estruturas de redes privadas.⁶⁵

Voltando mais para o aspecto de gestão organizacional, outro ponto relevante de modernização do Judiciário se deu em 2009, com a instituição do planejamento estratégico do Judiciário, resolução nº 70 de 2009 do CNJ, atualizada com a resolução nº 198 de 2014, e que prevê o alcance de um acesso à justiça renovado pelo aspecto de eficiência operacional do sistema. Esse planejamento do CNJ tem a função de nortear as diretrizes de funcionamento do Judiciário.⁶⁶

Como visto, a modernização do Poder Judiciário se configura como importante e necessária ferramenta para o aspecto de aproximação da celeridade jurisdicional e do acesso à justiça efetivo. Além disso, constata-se que o Brasil já aplica, em certa forma, essa nova realidade, no entanto, pode e deve avançar ainda mais nessa área. Conforme explica Humberto Theodoro Júnior, cabe à sociedade contemporânea exigir dos responsáveis pela Justiça brasileira que esta se adapte a mesma revolução de tecnologia que vem sendo implementada nas modernas administrações privadas e públicas, sob as bases de planejamento, controle, estatística, coordenação, economia, ciência administrativa, informática, etc.⁶⁷

⁶⁴ RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natacha Silva. Acesso à justiça e novas tecnologias. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, Vinicius Almada; MARTIN, Nuria Beloso; SÁNCHEZ, Helena Nadal. (Org.). **O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais**. 1. ed. Joaçaba: Unoesc, 2015, p. 355.

⁶⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre G. Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC - Fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, v. 1, 2015, p. 173-174.

⁶⁶ NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 131-132.

⁶⁷ THEODORO JR., Humberto. **Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>. Acesso em: 08 de abril de 2016.

3.2.2 As perspectivas para o alcance de um acesso à justiça democrático e efetivo com o Novo Código de Processo Civil

Um processo que contemple o acesso à justiça efetivo e democrático deve apresentar uma estrutura constitucionalizada, norteadas por todos os princípios estabelecidos na Constituição, proporcionando segurança e respeito ao cidadão a que se destina.⁶⁸ Esse primeiro esclarecimento é essencial para perfeita compreensão sistemática do atual CPC. O novo diploma se concatena com a ideia de que processo civil de um Estado não é regido unicamente por seu Código, mas também por outros valores, tais como as previsões constitucionais.⁶⁹

Dessa forma, logo no início do código, em seus artigos 1º a 12, o CPC expõe as suas normas fundamentais do processo civil, dispositivos basilares fortemente influenciados pelos princípios constitucionais e que se põem a nortear todo o regramento do código. Essa parte revela que o objetivo do legislador foi estruturar o processo como instrumento de realização do acesso à justiça substancial.⁷⁰

Dentre os vetores que o novo código apresenta com a finalidade de garantia de um acesso à justiça substancial, destacam-se: A abertura para os meios alternativos de resolução de conflitos; a ampliação da autorização para negócios processuais e, a ênfase a um modelo cooperativo de processo.

Com relação ao primeiro vetor citado, os meios alternativos de resolução de conflitos, o legislador enfim o estruturou no sistema processual civil brasileiro. Esse estímulo para a autocomposição, não por acaso, está elencado entre as normas fundamentais do processo, mais especificamente no artigo 3º do novo Código de Processo Civil.⁷¹ No referido artigo, o legislador elencou nos parágrafos 1º, 2º e 3º os meios alternativos de solução de litígios. A disposição desses parágrafos no artigo da inafastabilidade de jurisdição não ocasiona conflito, pois são meios que auxiliam o sistema e o direito de acesso à justiça. Além disso, esse ponto revela uma das grandes inovações do novo Código de Processo Civil, já que os meios alternativos de resolução de conflitos podem ser tidos como soluções aptas, de certa forma, a alterar o estilo processual até então aplicado. Além disso, os meios alternativos de resolução de conflitos são encontrados em diversos outros artigos no novo CPC, tendo inclusive uma sessão própria (artigo 165 e seguintes). O artigo 165 do CPC prevê que serão criados

⁶⁸ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 4. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 250.

⁶⁹ DINAMARCO, Candido Rangel. O novo Código de Processo Civil brasileiro e a ordem processual civil vigente. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 247, p. 63-103, set. 2015, p. 66.

⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 74.

⁷¹ DIDIER Jr., Fredie. A arbitragem no novo Código de Processo Civil (versão da Câmara dos Deputados, dep. Paulo Teixeira). *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 79, p. 73-80, 2013.

centros judiciários para soluções consensuais de conflitos, e que esses centros deverão realizar as sessões e audiências de conciliação ou mediação e criar programas de orientação, auxílio e estímulo de autocomposição. Além disso, estão dispostas normas bem minuciosas sobre a conciliação e mediação, uma inclusive estabelecendo a criação de cadastros para conciliadores e mediadores (artigo 167 do CPC). Sobre a arbitragem, além da previsão do artigo 3º §1º, encontra-se o artigo 42 que determina a possibilidade das partes optarem, em causas cíveis, pelo juízo arbitral em opção aos órgãos jurisdicionais estatais.⁷²

Uma mudança de extrema relevância e que gera boa expectativa de êxito é o momento processual da audiência de conciliação ou mediação. Diferentemente do Código de 1973, em que essa audiência se posicionava após a contestação e réplica, se fosse o caso, quando os ânimos entre as partes já se encontravam acirrados e impróprios para a composição, o novo CPC inova locando a audiência de conciliação ou mediação antes da apresentação de contestação pela parte ré.⁷³

Outro ponto de extrema relevância para o acesso à justiça no novo Código de Processo Civil é o dos negócios jurídicos processuais. Este tema é sem dúvida um dos grandes expoentes do novo Código, no entanto, não se trata verdadeiramente de uma novidade. Realizando uma pesquisa histórica, se verifica um indicativo sobre o desenvolvimento do tema ainda no século XIX, no direito alemão, o que, no entanto, não prosperou devido ao processo essencialmente “hiperpublicista” da época, ou seja, um processo fortemente direcionado ao controle público Estatal.

De mesmo modo, não se trata de novidade no Processo Civil brasileiro, haja vista as previsões contidas no CPC de 1973 acerca da matéria. O que ocorre é que tais previsões não ganharam a devida atenção pela teoria processual, o que só esteve contemplado pelo professor Leonardo Greco no ano de 2007, em que este ressaltou uma série de negócios jurídicos processuais do referido Código, entre eles: Acordo de eleição de foro (artigo 111 do CPC/73); a convenção sobre o ônus da prova (artigo 333 do CPC/73); a suspensão do processo por convenção das partes (artigo 265, II, do CPC/73); dentre outros.⁷⁴

Mesmo com esse reconhecimento, o direito processual brasileiro necessitava de maior flexibilidade para dos negócios processuais, e sendo assim, o novo diploma passa a permitir determinada flexibilidade de procedimentos, sempre de acordo com os princípios constitucionais, mas com o objetivo de

⁷² DINAMARCO, Candido Rangel. O novo Código de Processo Civil brasileiro e a ordem processual civil vigente. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 247, p. 63-103, set. 2015, p. 77.

⁷³ VIANNA, Guaraci de Campos. *Marcas do Novo CPC: Celeridade Processual, Prestígio à Conciliação e à Mediação dos Conflitos com Observância à segurança Jurídica*. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 70, set-out. 2015 p. 59.

⁷⁴ RAATZ, Igor. *Autonomia privada, (de)limitação dos poderes do juiz e flexibilização procedimental: da insuficiência normativa do “princípio dispositivo” à construção compartilhada do caso concreto*. 668 f. Tese (Doutorado), Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, São Leopoldo, 2016, p. 520.

alcançar maior efetividade ao processo.⁷⁵ A referida flexibilidade dos negócios jurídicos se verifica claramente no artigo 190, caput e § único do novo CPC que permite a mudança no procedimento em processos que versem sobre direitos que admitem autocomposição.⁷⁶ Ademais, o referido artigo autoriza também as possibilidades de negócios jurídicos processuais atípicos (antes do processo), ou típicos (durante o processo). Inicialmente, sobre os negócios jurídicos processuais atípicos, a previsão do artigo 190 do novo CPC representa uma grande mudança paradigmática no processo civil brasileiro, pois busca a mudança cultural no sentido de prestigiar a autonomia das partes como peça central de um processo democrático, tornando-o mais adequado para os litigantes e para as suas necessidades no caso concreto. Nessa perspectiva a doutrina brasileira já desenvolve exemplos de negócios jurídicos processuais atípicos, como os anunciados pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), tais como: o pacto de impenhorabilidade, o acordo para ampliação de prazos das partes, o acordo de rateio de despesas processuais, o acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, entre outros.⁷⁷

Já sobre os negócios processuais típicos no novo CPC, estes se mostram um culto à liberdade dos litigantes e a adaptabilidade de procedimento, e que pode ser exemplificada por meio da redação do artigo 139, VI, do CPC, que estabelece a possibilidade do magistrado ampliar os prazos processuais e ou alterar a ordem da produção de provas a fim de adequar o caso em concreto para o alcance de maior efetividade à tutela do jurisdicional. Ainda exemplificando, prevê igualmente o novo CPC, a possibilidade do juiz, acordado com as partes, de fixar calendário para a ordem dos atos processuais (artigo 191).⁷⁸ O calendário processual é um agendamento para a prática dos atos processuais e, que pode ser fixado a qualquer tempo do procedimento. A fase mais propícia para o agendamento pode ser considerada a de organização e saneamento do processo, no entanto, nada impede que o magistrado marque audiência específica para esse fim. Feito o calendário, esse vincula as partes e o Judiciário, só podendo ser modificados os prazos em casos excepcionais e plenamente justificáveis (artigo 191, §1º, CPC). A principal utilidade do calendário processual para as partes e para o acesso à justiça é que ele democratiza os procedimentos, elimina os “tempos mortos” do processo, acelera a resposta jurisdicional, além de servir à organização e previsibilidade do processo.⁷⁹

⁷⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 75.

⁷⁶ BRASIL. *Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015 de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 26 de maio de 2015.

⁷⁷ RAATZ, Igor. *Autonomia privada, (de)limitação dos poderes do juiz e flexibilização procedimental*: da insuficiência normativa do “princípio dispositivo” à construção compartilhada do caso concreto. 668 f. Tese (Doutorado), Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, São Leopoldo, 2016, p. 522-526.

⁷⁸ DINAMARCO, Candido Rangel. O novo Código de Processo Civil brasileiro e a ordem processual civil vigente. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 247, p. 63-103, set. 2015, p. 75-76.

⁷⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 696.

Há ainda, um ponto substancialmente importante no novo Código em relação ao acesso à justiça democrático e efetivo que é o seu modelo cooperativo de processo. Reitera-se aqui um traço marcante do novo Código de Processo que é seu destaque as garantias e aos princípios fundamentais do processo. Dentre esses vetores fundamentais do novo CPC está a consagração do dever de cooperação

A origem de formação teórica da cooperação processual advém do direito civil, especificamente sobre o reconhecimento, no campo obrigacional, dos deveres acessórios de conduta, em que se impõe a cooperação entre as partes com os deveres de informação, esclarecimento, auxílio, entre outros. No entanto, a aplicação do dever de cooperação no processo civil não se origina da influência do direito civil, mas sim da incidência dos valores fundamentais em ambos os ramos, Notadamente ao processo civil, a ideia de cooperação não é novidade, pois já referida há anos, ainda que com outras nomenclaturas, em doutrinas, legislações e jurisprudências da Alemanha, França, Itália e, até mesmo, do Brasil, uma vez que Barbosa Moreira já havia escrito sobre o tema há quase quatro décadas atrás.⁸⁰

Envolto em toda essa influência o novo CPC adotou entre suas normas norteadoras, mais precisamente em seu artigo 6º, o dever de: “cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.⁸¹ O modelo de cooperação do processo constitui um desdobramento do moderno princípio do contraditório, elencado na Constituição brasileira, e que não deve mais ser entendido somente como garantia de bilateralidade de partes em audiência, mas como a função democrática que admite que todos os sujeitos da relação processual possam influir e contribuir para a concepção do provimento jurisdicional.⁸² Mesmo que as partes ocupem posições antagônicas e que o juiz possua distinção de autoridade sobre elas, todos os componentes do processo estão englobados na mesma relação jurídica e precisam colaborar reciprocamente para que essa relação dinâmica desenrole-se em tempo razoável ao objetivo da resposta jurisdicional.⁸³

Com isso, o dever de cooperação buscado pelo legislador e elencada do novo Código de Processo Civil consiste em novas responsabilidades tanto às partes quanto ao magistrado. O texto disposto no artigo 6º não tem apenas o objetivo de indicar a cooperação das partes com o juiz, mas também o inverso.⁸⁴

⁸⁰ TALAMINI, Eduardo. *Cooperação no novo CPC (primeira parte): os deveres do juiz*. In: Cadernos Jurídicos. Sério Especial, Novo CPC, OAB Paraná. Nº 58, Maio 2015, p. 04.

⁸¹ BRASIL. *Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015 de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 26 de maio de 2015.

⁸² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 81.

⁸³ TALAMINI, Eduardo. *Cooperação no novo CPC (primeira parte): os deveres do juiz*. In: Cadernos Jurídicos. Sério Especial, Novo CPC, OAB Paraná. Nº 58, Maio 2015, p. 04.

⁸⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. *O novo Código de Processo Civil brasileiro e a ordem processual civil vigente*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 247, p. 63-103, set. 2015, p. 99.

O referido dispositivo demonstra que a condução do processo não ficará sob a vontade única das partes, postura marcante do processo realizado no Estado Liberal, nem de condução inquisitorial do Estado-juiz, em posição superior às partes. O novo CPC demonstra a necessidade de uma condução cooperativa, sem dar destaque especial para qualquer dos sujeitos da relação processual.⁸⁵

Assim, a cooperação das partes pode ter dois diferentes enfoques: De um lado pode constituir a união de trabalho do juiz com as partes na solução de entraves da demanda; De outro, pode significar o trabalho adequado das partes, guiado pelos ditames da boa-fé objetiva, correspondendo às ordens do juiz no objetivo de resolução da causa.⁸⁶ Estes enfoques revelam que não basta, no sistema atual, que as partes provoquem a jurisdição de forma descompromissada ou irresponsável, agora é essencial que elas busquem a jurisdição com clareza, lealdade e honestidade, auxiliando no objetivo do melhor desfecho para o conflito. Em remate, o dever de cooperação se demonstra adequado ao modelo jurisdicional atual, uma vez que busca a facilitação do diálogo entre os sujeitos conflitantes, no intuito destes interagirem para o alcance da solução mais justa para o conflito.⁸⁷

Como visto neste último tópico, o novo Código de Processo Civil se revela estruturado e aparelhado para auxiliar o sistema judicial, sem apego ao formalismo antiquado e norteados pelos princípios constitucionais, notadamente o de efetivo acesso à justiça.⁸⁸ Ressalte-se que lei processual, por si só, não será capaz de suplantar todas as dificuldades da morosidade da justiça, no entanto, é peça basilar para a melhora do cenário atual.⁸⁹

CONCLUSÃO

Atualmente, no Estado Democrático de Direito, é essencial o oferecimento de uma resposta jurisdicional adequada e efetiva à sociedade, isto é, proporcionar o acesso à justiça em sua dimensão substancial-democrática. No entanto, o que ocorre no atual cenário é uma ofensa ao direito básico

⁸⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 125.

⁸⁶ RAATZ, Igor. Colaboração no Processo Civil e o Projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista da SJRJ*, v. 31, p. 23-36, 2011, p. 33.

⁸⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação e a principiologia no processo civil brasileiro. Uma proposta de sistematização. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 12, p. 289-315, 2013, p. 309.

⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 30.

⁸⁹ DINAMARCO, Candido Rangel. O novo Código de Processo Civil brasileiro e a ordem processual civil vigente. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 247, p. 63-103, set. 2015, p.103.

constitucional de acesso à justiça, principalmente, quando se fala na morosidade do Judiciário. Essa crise na prestação jurisdicional se verifica ampla, iniciando em uma ineficiência do próprio Estado, passando por um Judiciário deficiente em sua estrutura e gestão, somando uma legislação, até recentemente, tida como inadequada e, finalizando, com as influências de uma nova postura política conferida ao poder Judiciário.

A partir deste cenário precário em que se encontra o Judiciário, assoberbado e moroso, é necessária a conscientização social de que a resolução de conflitos não importa necessariamente na intervenção estatal, podendo ser realizado de forma eficaz pelos meios extra estatais. É importante, nessa realidade, a adoção de meios alternativos de resolução de conflitos, tais como a conciliação, mediação e arbitragem, pois podem significar um desafogo e consequente melhora para o Judiciário, oferecendo ainda, para grande parte dos conflitos, respostas adequadas efetivas, tempestivas e propícias à pacificação social. É bem verdade que apenas isso não bastará, sendo importante que o judiciário, quando indispensável, ofereça uma resposta eficiente à sociedade. Nesse sentido, é importante sua evolução em sua gestão estrutura, devendo elevar a utilização de tecnologia nos seus serviços e no seu gerenciamento. Ademais, com relação ao processo e sua legislação, este possui boa perspectiva de melhora, eis que o Novo Código de processo civil revela como uma de suas principais funções a diminuição da morosidade, sustentando a aplicação de um processo menos apegado às formalidades e mais conectado com seu objetivo substancial, ou seja, resolver o litígio de forma adequada e eficiente.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Judicialização da política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013.

ARRUDA, Paula Roberta Corrêa dos Santos. A mediação e a busca pela efetividade do acesso à justiça. **Revista CEJ**, Brasília, v. 18, n. 64, set./dez. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2012.

BEMVENUTI, Cássio Schneider. **A razoável duração do processo na era das metas de produtividade do conselho nacional de justiça brasileiro**. 143 f. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, São Leopoldo, 2013.

BRASIL. **Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015 de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 26 de maio de 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista, v.1, Campinas, SP: Servanda, 1999.

COUTURE, Eduardo J. Proyecto de Código de Procedimiento Civil (con exposición de motivos). Montevideo: Imprensa Uruguaya, 1945, Exposição de Motivos, Capítulo II, §1º, n. 10, p. 37 apud NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios processuais na Constituição Brasileira**. 9.ed. São Paulo: RT, 2009.

DIDIER Jr., Fredie. A arbitragem no novo Código de Processo Civil (versão da Câmara dos Deputados, dep. Paulo Teixeira). **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 79, 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v.1 . 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Candido Rangel. O novo Código de Processo Civil brasileiro e a ordem processual civil vigente. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 247, p. 63-103, set. 2015.

FERRARETTO, José Jair e OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach de. Acesso à justiça. **Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta**. Ano V, n. 8, maio/2004.

GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. **A crise de gestão do poder judiciário**: o problema, as consequências e os possíveis caminhos para a solução. Brasília: ENFAM, 2011. Disponível em: < http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2013/01/2099_Des__Marcos_Alaor_Artigo_ENFAM_28_4_2011_editado.pdf >. Acesso em: 05 de abril de 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini ; WATANABE, Kazuo ; SALLES, Carlos Alberto de ; GABBAY, Daniela Monteiro ; LAGRASTA, Valeria Ferioli . Conferência de Seoul 2014. Constituição e processo: acesso efetivo à justiça: o direito de acesso à justiça e responsabilidades públicas. Relatório brasileiro. **Revista de Processo**, v. 40, p. 17-31, 2015.

MACEDO, Elaine Harzheim; FACCHINI NETO, Eugênio. Fuga da Jurisdição? Reflexões sobre a busca de alternativas à jurisdição. **Quaestio Iuris**, v. 09, n.1, Rio de Janeiro, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. O custo e o tempo do processo civil brasileiro. **Revista da faculdade de direito da universidade federal do Paraná**. Porto Alegre: síntese, v.37, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar. **Organização do Poder Judiciário brasileiro**. Discurso proferido perante o Presidente do Supremo Tribunal Popular da China, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/JudicBrasil.pdf>>. Acesso em: 14 de maio de 2016.

MITIDIERO, Daniel Francisco. O processualismo e a formação do Código Buzaid. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 35, n. 183, p. 165-194, maio 2010.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. 4. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. Por um acesso à justiça Democrático: Primeiros Apontamentos. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 217, 2013.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. A Crise do Poder Judiciário e as Reformas Instrumentais: avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, n. 5, março/abril/maio, 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 06 de abril de 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação e a principiologia no processo civil brasileiro. Uma proposta de sistematização. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 12, p. 289-315, 2013.

PONCIANO, Vera Lúcia Feil. **Reforma do Poder Judiciário: limites e desafios**. 2009. 213 f. Dissertação (Mestrado), Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009.

RAATZ, Igor. Colaboração no Processo Civil e o Projeto do Novo Código de Processo Civil. **Revista da SJRJ**, v. 31, p. 23-36, 2011.

RAATZ, Igor. **Autonomia privada, (de)limitação dos poderes do juiz e flexibilização procedimental**: da insuficiência normativa do “princípio dispositivo” à construção compartilhada do caso concreto. 668 f. Tese (Doutorado), Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, São Leopoldo, 2016.

RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natacha Silva. Acesso à justiça e novas tecnologias. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, Vinicius Almada; MARTIN, Nuria Belloso; SÁNCHEZ, Helena Nadal. (Org.). **O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais**. 1. ed. Joaçaba: Unoesc, 2015.

SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do Judiciário e a visão dos juízes. **Revista USP**, Brasil, n. 21, p. 34-45, mai. 1994. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26934/28712>>. Acesso em: 10 de abril de 2016.

SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à justiça e arbitragem**: um caminho para a crise do judiciário, Barueri: Manole, 2005.

SILVA, Antônio Hélio. Arbitragem, mediação e conciliação. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: mediação, arbitragem e conciliação. v. 7, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed., rev. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2007.

SILVA, Ovídio Araújo Batista da. **Advocacia de Tempos de Crise**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235067095174218181901.pdf>>. Acesso em: 26 de março de 2016.

SOUSA, Mariana Almeida de; SALES, Lília Maia de Moraes. O Sistema de Múltiplas Portas e o Judiciário Brasileiro. **Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 16, ano 5, jul./set. 2011.

TALAMINI, Eduardo. **Cooperação no novo CPC (primeira parte)**: os deveres do juiz. In: Cadernos Jurídicos. Sério Especial, Novo CPC, OAB Paraná. Nº 58, Maio 2015.

TASSE, Adel El. **A ‘Crise’ no poder judiciário**. Curitiba, PR: Juruá, 2001.

THEODORO JR., Humberto. **Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais.** Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>. Acesso em: 08 de abril de 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum.** 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre G. Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC - Fundamentos e sistematização.** 2. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, v. 1, 2015.

VIANNA, Guaraci de Campos. **Marcas do Novo CPC: Celeridade Processual, Prestígio à Conciliação e à Mediação dos Conflitos com Observância à segurança Jurídica.** Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 70, set-out. 2015.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo, (Coord.). **Participação e processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ativismo judicial e judicialização da vida: uma análise de direito comparado

Guilherme Zimmermann

Pós-graduando em Direito Digital e Compliance pela Damásio Educacional, bacharel em Direito pela Universidade Feevale e bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4847727557754606>. E-mail: g.zimmermann@gmail.com.

Igor Raatz

Pós-doutorando sob a supervisão do professor Lenio Luiz Streck junto à Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Doutor e mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Especialista em processo civil pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC. Membro do IIDP – Instituto Ibero-americano de Direito Processo Civil. Membro da ABDpro – Associação Brasileira de Direito Processual. Professor em cursos de pós-graduação no Rio Grande do Sul e Santa Catarina. Professor em cursos de extensão na Ordem dos Advogados, Escola Superior da Advocacia e Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Professor do curso de graduação em direito da Universidade FEEVALE. Advogado sócio fundador do escritório Raatz & Anchieta Advocacia. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5595058946588173>. E-mail: igor@raatzanchieta.com.br.

INTRODUÇÃO

Abordar os temas do Ativismo Judicial e da Judicialização da Vida no cenário jurídico, político e social que encontramos atualmente no Brasil requer tanto cautela na condução do assunto como clareza na elaboração da discussão, de forma a não incorrer em premissas generalizantes e superficiais. Contudo, esse não é um debate do qual aqueles que estudam o Direito podem se eximir.

Em consonância com esse entendimento, no presente estudo busca-se discutir os temas do Ativismo Judicial e da Judicialização da Vida, avaliando seus históricos, reflexos e trazendo os debates propostos na bibliografia nacional e estrangeira, convergindo para uma análise de direito comparado. O processo de Judicialização da Vida, relacionado, por um lado com a ampliação do acesso à Justiça e de outro com o alargamento do volume de demandas apresentadas junto ao Judiciário, dentro do contexto do Estado Democrático de Direito, culmina com o surgimento e ampliação do Ativismo Judicial.

Este último pode ser compreendido como o processo de tomada de decisões judiciais, com reflexo político ou social, redefinindo ou criando novos parâmetros de juridicidade perante situações singulares, que poderão, inclusive se expandir para outros casos semelhantes. Neste processo, há a ampliação dos poderes atribuídos ao Poder Judiciário, sobretudo o que tange o deslocamento das esferas de discussões políticas para os espaços jurídicos. Diante desse cenário, procura-se estudar os temas propostos de forma a esclarecer as discussões relacionadas a eles, trazendo o acúmulo, ainda que não acabado, desenvolvido pelos doutrinadores nacionais e internacionais a seu respeito.

1 DO ESTADO DE DIREITO À JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA

O Estado Democrático de Direito procura estabelecer modelo hábil para compor uma solução a fim de evitar os excessos de poder, definindo através da legalidade as atribuições, limites e responsabilidades de cada ente que o constitui.¹ Esta posição é corroborada por Novais ao defender que “o princípio democrático confere uma nova inteligibilidade aos elementos do Estado de Direito e, desde logo, legitima a recomposição verificada na divisão de poderes tradicional”.²

¹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos*. 2º ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 41.

² NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para a Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p. 208.

Para tanto, “a divisão do poder soberano do povo se realizará por meio da Constituição, e os princípios que estruturam as instituições decorrem da própria legalidade contida na lei fundamental”.³ Logo, entende-se que as responsabilidades por estas definições recaem sobre o Poder constituinte, quando da elaboração do texto que definirá, por consequência, o Estado em si mesmo.

Compreende-se, que a construção dessas estruturas estatais, democráticas e representativas, passa pelo processo jurídico da elaboração de um texto básico identificado como sua Constituição. Logo, “sob as condições do pluralismo social e cultural, é tão-somente o processo democrático que confere força legitimadora ao processo legislativo de criação do Direito”⁴, o que, em última instância, pode ser compreendido como a força motriz para a estruturação do Estado como entendido atualmente. Destaca-se que “o poder do Estado está manifesto na estabilidade da ordem por ele mantida”⁵, de forma que é fundamental a imposição dos Poderes para a sua própria existência.

Nesta esteira, Bodnar e Staffen entendem que a construção democrática pressupõe aos indivíduos o direito de participar e influenciar na sociedade em que são participantes, bem como nas definições das condições em que vivem. Para tanto, cabe ao Estado a criação e desenvolvimento de ações e/ou instrumentos que visem a promoção dos direitos e garantias preceituados no texto constitucional. Isso é necessário para a manutenção da própria ordem social, a qual exige a inserção dos cidadãos na sociedade e que estes se reconheçam como participantes da ordem constitucional.⁶

Outrossim, é mister destacar a avaliação efetuada por Salgado sobre a essencialidade, para a democracia contemporânea, da criação de instrumentos que facultem e estimulem o exercício da cidadania e da soberania popular, sendo o principal a política. Isso, contudo, não impede que a política sofra

³ MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo Judicial**: Limites institucionais democráticos e constitucionais. 1.ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 67.

⁴ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni De. Minorias e Democracia no Brasil. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, 2006, p. 319. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=oCB4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.fmd.pucminas.br%2Fvirtuajus%2F2_2005%2FDocentes%2FPDF%2FMinorias%2520e%2520Democracia%2520no%2520Brasil.pdf&ei=Ex2HVfPsl4Tu-AGn7a1g&usg=AFQjCNGxmbvn4oGfuYkwkRwdndEwmchG9Q&bvm=bv.96339352,d.cWw>. Acesso em: 19 mar. 2015.

⁵ RIBEIRO, Josuel Stenio da Paixão. Habermas e o Conceito Procedimental de Democracia. **Revista Saber Acadêmico**, Presidente Prudente, n. 12, jun./dez. 2011, p. 26. Disponível em: <<http://www.uniesp.edu.br/revista/revista12/pdf/artigos/o6.pdf>> Acesso em: 19 mar. 2015.

⁶ BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Márcio Ricardo. Juizados Especiais e Ativismo Judicial à Luz de Luis Alberto Warat. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, 2012, p. 126. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2012v33n64p105>>. Acesso em: 31 jul. 2014.

questionamentos e seja alvo de insatisfação social por conta da sua forma de organização, a qual, ainda hoje, é envolta, conforme o supracitado autor, muito mais em mitos e ficções do que disciplinada por ordenamentos jurídicos funcionais.⁷

O legislador originário ao estipular as restrições, obrigações e deveres do Estado no texto constitucional, buscou equalizar os poderes e evitar excessos por parte do Estado, bem como, dar a segurança para o cidadão e para a sociedade se desenvolver em seu seio. Inserido nesse cenário, entende-se que o processo democrático de eleição, a divisão dos poderes estatais, as prerrogativas, obrigações e a estipulação de limites legais para as ações do Estado são condições *sine qua non* para a efetivação do Estado Democrático de Direito.

Em consonância, é necessário referenciar o entendimento de que o conceito ocidental de Estado Democrático de Direito representa a imposição de restrições tanto ao Estado como ao Indivíduo. Portanto, tem como base as normas jurídicas, tanto aquelas em que se assenta a constituição do Estado, definindo, por consequência, as limitações do Poder Estatal; como aquelas elaboradas para estipular os limites das ações individuais e que buscam o equilíbrio entre os Poderes que compõem o Estado e a Sociedade. Assim, as ações dos indivíduos dentro da esfera privada obedecem às limitações impostas pelas definições de proibições e as ações do Estado tem que obedecer aquelas linhas gerais previstas, igualmente, na Constituição.⁸

Com efeito, as Constituições contemporâneas positivaram as limitações, os princípios e os direitos, que são frutos de construções históricas e sociais.⁹ Nesse intento, o Estado não deve ser compreendido como uma mera decorrência do direito ou da Constituição, mas como fenômeno ligado à realidade social¹⁰, na qual também a Constituição aparece como um existencial. Em que pese não seja possível compreender o Estado sem levar em consideração a sua

⁷ SALGADO, Eneida Desirre. A representação política e sua mitologia. **Paraná Eleitoral**, Curitiba, v. 1, n. 1, 2012, p. 26. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-pr-parana-eleitoral-revista-1-artigo-2-eneida-desiree-salgado>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 69.

⁹ SANTOS, Paulo Junior Trindade dos; BALESTRIN, Thelleen Aparecida Balestrin. Ativismo Judicial. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 18, n. 24, 2011, p. 463. Disponível em: <<http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/39/43>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

¹⁰ BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma teoria do estado. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG - Belo Horizonte - n.º.49 / Jul. – Dez, 2006**, p. 98.

dimensão normativa¹¹, não é possível limitá-lo ao âmbito estrito da sua esfera jurídica.¹² Daí o acerto de Hermann Heller, para quem todo conhecimento sobre o Estado deve partir do pressuposto de que a vida estatal inclui sempre aquele que a investiga, que pertence a ela de um modo existencial¹³, o que, de certo modo, significa que o Estado não é um objeto que está à disposição daquele que se propõe a estudá-lo. Indivíduo, sociedade e Estado não estão cindidos nem separados na dinâmica da vida social, muito menos para o fenômeno jurídico. Do mesmo modo, o tratamento da questão constitucional encontra-se vinculado à reflexão acerca das circunstâncias do Estado na modernidade¹⁴, assim como teoria do Estado e Constituição afiguram-se indissociáveis, uma vez que “não pode existir Teoria do Estado à margem da Constituição”.¹⁵

Desta sorte, Schmidt Neto salienta que “o Direito no mundo contemporâneo tem alcançado todas as relações sociais. Mesmo as práticas sociais de natureza tipicamente privadas, como o ambiente familiar, têm intervenção estatal”.¹⁶ Portanto, para o entendimento completo da sociedade atual é basilar a construção do Estado Democrático de Direito, embasado, limitado e estipulado através do texto constitucional. Concomitantemente, Assis compreende que este caminho é decorrência intrínseca das transformações dos tempos atuais, buscando positivar através das leis os direitos e garantias que lastreiam a sociedade.¹⁷

¹¹ BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 48-49.

¹² Esse foi, de certo modo, o projeto de Hans Kelsen, que tentou unificar o direito e o Estado. Para ele, a conceituação de Estado e direito como figuras distintas geraria, como consequência, a distinção entre uma teoria sociológica e uma teoria jurídica do Estado, o que faria dele objeto de duas ciências totalmente distintas, com dualidade de métodos e diversidade de finalidades e questionamentos. Com efeito, no pensamento de Kelsen, seria impossível uma definição de Estado que o apresentasse como algo distinto do direito, razão pela qual seria “impossível dar uma definição não jurídica do Estado, em termos sociológicos ou psicológicos, por exemplo” IN: TROPER, Michel. *Por una teoría jurídica del estado*. Prólogo de Gregorio Peces-Barba Martínez. Traducción de María Venegas Grau. Dykinson: Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de Las Casas”, 2001, p. 122.

¹³ BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, e estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 49.

¹⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise do estado, constituição e democracia política: a “realização” da ordem constitucional em países “periféricos”. In: *20 Anos de Constituição: os direitos humanos entre a norma e a política* / Organizadores Lenio Luiz Streck, Vicente de Paulo Barretto e Alfredo Santiago Culleton. São Leopoldo: Oikos, 2009, p. 66.

¹⁵ BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 271.

¹⁶ SCHMIDT NETO, André Perin. A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Uniritter*, Canoas, v. 1, n. 10, 2009, p. 92. Disponível em: <<http://seer.uniritter.edu.br/index.php/direito/article/download/252/168>>. Acesso em: 31 abr. 2015.

¹⁷ ASSIS, Luís Fabiano de. *Ativismo judicial na justiça do trabalho*. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 31. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-22042013-110316/>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

Caberá ao Estado Democrático de Direito a defesa da ordem juridicamente delimitada. Assim, vislumbra-se que os parâmetros da participação popular, da representatividade e da legalidade são essenciais para a própria constituição do Estado, pois no texto constitucional estarão especificados os preceitos, garantias e direitos que o fundamentam e estruturam.¹⁸

Na esteira do processo de democratização e de definição legal de direitos, advém um processo peculiar decorrente das elaborações formais legais, qual seja a *Judicialização da Vida*. É possível compreender a judicialização da vida como parte do processo de incorporação da sociedade dos ditames do Estado Democrático de Direito, no qual a lei assume tanto o papel de instrumento de coação do Estado (como ente público), de norteamento das direções sociais, das limitações da ordem jurídica, como também de identificadora das pretensões sociais do Estado (como nação).¹⁹

Nesse contexto, o Poder Judiciário, em suas diversas esferas, é chamado para deliberar sobre temas de larga repercussão política ou social, abrangendo (quase) todos os aspectos da vida em sociedade. Essas decisões, por sua vez, acarretam a retirada de temas dos debates que ocorreriam no espaço da política tradicional, quais sejam, os Poderes Executivo e Legislativo. Salienta-se, contudo, que o crescimento do Poder Judiciário nos Estados Democráticos de Direito é concebido como um processo de rearranjo e equalização de Poderes dentro da sociedade.²⁰

Estas deliberações representam a transferência de poder sobre temas da esfera política para a jurídica, o que ocasiona uma ressignificação de conteúdos, linguagem e argumentos empregados, bem como do espaço de participação da sociedade.²¹ Entretanto, cabe destacar que o processo de judicialização da vida “contribui para um novo alcance da democracia [...] ao colocar os temas em discussão sob a linguagem do direito dá-se um passo importante [...] na direção de considerar os direitos sociais como direitos propriamente”.²²

¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para a Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p. 26.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2014, p. 47.

²⁰ SOARES, José Ribamar Barreiro. *Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política*. 2010. Tese, 193 f. (Doutorado em Ciência Política). Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasília, DF, RJ, 2010, p.9-10. Disponível em: <[²¹ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, Brasília, n. 04, jan./fev. 2009, p. 3. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2014.](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=oCCgQFjABahUKÉwja176ikfTHAhXLC5AKHTVNAx4&url=http%3A%2F%2Fwww2.camara.leg.br%2Fresponsabilidade-social%2Fedulegislativa%2Feducao-legislativa-1%2Fposgraduacao%2Farquivos%2Fpublicacoes%2Fteses-dinter%2FJosdeRibamarBarreirosSoaresprojetoDinter.pdf&usq=AFQjCNEGafPp7SzuCvo8vrGeOoqLX_Q_Hg&sig2=rn3_S3iAGKxWjkywFJOhtg>. Acesso em: 30 abr. 2015.</p></div><div data-bbox=)

²² LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2006, p. 165.

Assim, é perceptível a ampliação do rol de temas para os quais se busca no judiciário definições e resoluções. Este processo compreende a peculiaridade das sociedades contemporâneas estruturadas em torno dos formalismos legais constitucionais. Esse alargamento é inerente à contemporaneidade, decorrente das definições constitucionais que consagram um rol amplo de direitos e prerrogativas sociais. Desta forma, estas estipulações propiciam uma maior demanda, perante o Judiciário, por efetivação e/ou defesa desses direitos, sendo possível compreendê-la, igualmente, como uma questão social.²³

2 O SURGIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL E DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A ampliação das demandas de indivíduos ou coletivas junto ao Poder Judiciário pode ser identificada como um dos fatores que acarretam, como reflexo, a constituição da *judicialização da política* e do *ativismo judicial*. Ainda que estes conceitos apresentam conexão entre si, apresentam inúmeros pontos de diferença.²⁴ Com efeito, a ocorrência da *judicialização da política* em uma sociedade é independente da existência ou ocorrência do *ativismo judicial*, bem como o inverso também é possível. Assim, Judicialização da Política e Ativismo Judicial não podem ser concebidos como termos sinônimos, pois tratam de aspectos diferentes da judicialização da vida.²⁵

²³ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 32.

²⁴ ARANHA FILHO, Adalberto J. Q. T. d. C.; ARANHA, Marina D. de C. C. Legitimidade Constitucional Do Ativismo Judicial. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 22, n. 86, jan./mar. 2014, p. 307-325. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad818150000014f84adfd2e72920636&docguid=l6agd51coa42f11e39b7801000000000&hitguid=l6agd51coa42f11e39b7801000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 01 ago. 2015.

²⁵ SOARES, José Ribamar Barreiro. **Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política**. 2010. Tese, 193 f. (Doutorado em Ciência Política). Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasília, DF, RJ, 2010, p. 7. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0CCgQFjABahUKEwja176ikfTHAhXLC5AKHTVNAx4&url=http%3A%2F%2Fwww2.camara.leg.br%2Fresponsabilidade-social%2Fedulegislativa%2Feducacao-legislativa-1%2Fposgraduacao%2Farquivos%2Fpublicacoes%2Fteses-dinter%2FJosdeRibamarBarreirosSoaresprojetoDinter.pdf&usq=AFQjCNEGafPp7SzuCvo8vrGeOoqLX_Q_Hg&sig2=rn3_S3iAGKxWjkywFJOHTg>. Acesso em: 30 abr. 2015.

É possível compreender o processo de Judicialização da Política como decorrente do modelo constitucional definido pelo legislador originário, não estando relacionada à vontade do Poder Judiciário de ampliar seus poderes.²⁶ Esse processo “designa processos de mudança no papel e poderes dos juízes nas sociedades contemporâneas”.²⁷

O advento do Estado Democrático de Direito tem relação direta com a mudança do papel do Poder Judiciário, deslocando-o para dentro da arena política.²⁸ Este acontecimento influencia no alargamento do âmbito de decisões dos tribunais e juízes, o que gera uma consequente alteração nas esferas de deliberação e decisão entre o Legislativo e Executivo.²⁹ Isso fica ainda mais visível diante de uma Constituição dirigente e compromissória, como é o caso da brasileira, inserida num contexto em que as promessas da modernidade permanecem descumpridas.

Neste sentido, argumenta-se que a judicialização da política decorre da própria estrutura constitucional, que permite a transferência de discussões de origem política para o judiciário.³⁰ Sendo possível compreender o processo de judicialização da política como derivado do próprio processo político-legislativo que culminou na constituição do Estado. Isso, no entanto, não significa que o Judiciário deva passar a fazer política. Eis o problema que decorre das confusões entre judicialização e ativismo.

²⁶ ARANHA FILHO, Adalberto J. Q. T. d. C.; ARANHA, Marina D. de C. C. Legitimidade Constitucional Do Ativismo Judicial. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 22, n. 86, jan./mar. 2014, p. 307-325. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad81815000014f84addf2e72920636&docguid=l6a9d51coa42f11e39b7801000000000&hitguid=l6a9d51coa42f11e39b7801000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 01 ago. 2015.

²⁷ KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. - CEBRAP*. São Paulo, n. 96, jul. 2013, p. 74. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 31 ago. 2015.

²⁸ DA SILVA, Geocarlos Augusto Cavalcante. Democracia e Ativismo judicial. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 46, abr./jun. 2011, p. 9. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad81815000014faddce3a656adaff&docguid=la4f8e9e095cf11e0980800008558bdfc&hitguid=la4f8e9e095cf11e0980800008558bdfc&spos=4&epos=4&td=4&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 01 ago. 2015.

²⁹ CANOTILHO, J. J. GOMES. *Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política e a politização da justiça – Tópicos para uma intervenção no Poder Judiciário*. Supremo Tribunal de Justiça, Lisboa, 2007, p. 4. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/jspp_gomescanotilho.pdf> Acesso em: 01 mar. 2015.

³⁰ ALVES, Ivete Mariade O. Judicialização, ativismo e efetivação de direitos fundamentais. *Revista de Direito Brasileira*. Florianópolis, v. 2, jan. 2012, p. 7. Disponível em: <http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad6007a0000014fc77c2b267bod131d&docguid=lc65dd410baf411e183e700008517971a&hitguid=lc65dd410baf411e183e700008517971a&spos=1&epos=1&td=1&context=7&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 01 ago. 2015.

Complementarmente, defende-se que o alargamento das esferas de decisões está vinculado à demanda, cada vez maior, de que o Judiciário ofereça respostas às situações do cotidiano. Importante destacar essas reivindicações perante o Judiciário são corriqueiramente apresentadas, também, pelo Executivo e Legislativo, transferindo discussões (políticas e governamentais) para a arena jurídica.³¹ Esta posição é corroborada por Schmidt Neto, o qual busca, contudo, ressaltar que “a judicialização da política não é fato isolado”³² mas, antes disso, um marco das sociedades atuais.

Nessa esteira, verifica-se que a judicialização da política se assenta em meio a um processo complexo (social, legal e organizacional) que por um lado envolve a ampliação das cobranças apresentadas perante o Poder Judiciário e por outro atribui a ele novos e maiores poderes a fim de ser capaz de fornecer respostas. Essa mudança efetiva o deslocamento de debates da esfera política para o Judiciário, atribuindo a este papel como espaço político.³³

Igualmente compreendido como reflexo da judicialização da vida, contudo diferentemente da judicialização da política encontra-se o Ativismo Judicial.³⁴ É possível compreender a judicialização de política e o ativismo judicial como aspectos inerentes ao quadro de avanço social. Ao preceituar os valores sociais, buscando positivá-los em dispositivos legais, atribuindo ao Estado a efetivação de direitos e a defesa de garantias predispostas na Lei Maior, estimula-se o emprego do Judiciário como esfera maior dessas disputas. A importância do recorte de estudo sobre esse conceito verifica-se, conforme comprovado nas páginas seguintes, pela interação do ativismo judicial no processo jurídico internacional e nacional.

3 O ATIVISMO JUDICIAL: BUSCA POR UMA DEFINIÇÃO CONCEITUAL

Buscar uma definição de ativismo judicial representa uma tarefa complexa e possivelmente incompleta, visto que há diversas compreensões desse processo, estudado ao longo de muitos anos. Percebe-se que a expressão vem sendo utilizada de forma ampla e sem obedecer a uma definição clara do que

³¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 106.

³² SCHMIDT NETO, André Perin. A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Uniritter*. Canoas, v. 1, n. 10, 2009, p. 84. Disponível em: <<http://seer.uniritter.edu.br/index.php/direito/article/download/252/168>>. Acesso em: 31 abr. 2015.

³³ ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Accountability e Independência Judiciais: O Desenho Institucional Do Judiciário E Do Conselho Nacional De Justiça No Estado Democrático De Direito Brasileiro*. 2012, p. 196. Tese (Doutorado em Direitos Humanos e Democracia – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012).

³⁴ ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Accountability e Independência Judiciais: O Desenho Institucional Do Judiciário E Do Conselho Nacional De Justiça No Estado Democrático De Direito Brasileiro*. 2012, p. 190. Tese (Doutorado em Direitos Humanos e Democracia – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012).

representa, incorrendo em justificativas vazias a ponto de ser considerado como um recurso que se auto justifica para a promoção e concretização de direitos (sociais).³⁵

Inicialmente é possível atestar que o ativismo judicial representa a intervenção, de forma proactiva, dos juízes e Tribunais quando da interpretação dos preceitos constitucionais, buscando maximizar, assim, a sua efetivação e procurar a sua concretização.³⁶ Esta posição é corroborada por Alves ao afirmar que “existe um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.³⁷

Não obstante, infere-se que sua ocorrência está vinculada diretamente a uma escolha do julgador de expandir o sentido e alcance das suas atribuições, a partir de uma postura proativa de interpretação do texto constitucional.³⁸ Canotilho, por sua vez, entende que o ativismo judicial ocorre quando o Judiciário se autoproclama defensor dos direitos dos cidadãos contra as definições estipuladas na área político-representativa, trazendo, para si, portanto, a tarefa de defesa e definição daqueles que seriam os valores estruturantes da sociedade em que está inserido.³⁹

Por um lado, o ativismo judicial pode ser entendido como a atuação do Judiciário em espaços próprios dos poderes Legislativo e Executivo “em face da ausência irresponsável destas instituições em segmentos e temas de sua competência constitucional originária”.⁴⁰ Entretanto, o mesmo conceito costuma

³⁵ TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo Judicial: As experiências Norte-Americana, Alemã e Brasileira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. Curitiba, v. 53, fev. 2013, p. 156. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/30764>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

³⁶ LOMEU, Gustavo. *O Papel do Ativismo Judicial na Construção do Paradigma do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_23451438_O_PAPEL_DO_ATIVISMO_JUDICIAL_NA_CONSTRUCAO_DO_PARADIGMA_DO_ESTADO_DEMOCRATICO_DE_DIREITO.aspx>. Acesso em: 6 abr. 2015.

³⁷ ALVES, Ivete Mariade O. Judicialização, ativismo e efetivação de direitos fundamentais. *Revista de Direito Brasileira*. Florianópolis, v. 2, Jan 2012, p. 9. Disponível em: <http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007a0000014fc77c2b267bod131d&docguid=lc65dd410baf411e183e700008517971a&hitguid=lc65dd410baf411e183e700008517971a&spos=1&epos=1&td=1&context=7&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 01 ago. 2015.

³⁸ ARANHA FILHO, Adalberto J. Q. T. d. C.; ARANHA, Marina D. de C. C. Legitimidade Constitucional Do Ativismo Judicial. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 22, n. 86, jan./mar. 2014, p. 307-325. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad81815000014f84addf2e72920636&docguid=16a9d51coa42f11e39b7801000000000&hitguid=16a9d51coa42f11e39b7801000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 01 ago. 2015.

³⁹ CANOTILHO, J. J. GOMES. *Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política e a politização da justiça – Tópicos para uma intervenção no Poder Judiciário*. Supremo Tribunal de Justiça, Lisboa, 2007, p. 9. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/jspp_gomescanotilho.pdf> Acesso em: 01 mar. 2015.

⁴⁰ LEAL, Rogério Gesta. As Responsabilidades Políticas do Ativismo Judicial: Aspectos Teórico-Práticos da Experiência Norte-Americana e Brasileira. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônica Clarissa Hennig (Orgs.). *Ativismo Judicial e Déficits Democráticos: Algumas Experiências Latino-Americanas e Europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 16.

ser empregado para definir situações nas quais “o Judiciário atua na omissão do legislador, em defesa das minorias, em defesa de direitos e valores que não estão na lei”⁴¹, o que parece um equívoco, pois o ativismo é comportamental. Dito de outro modo, quando o Judiciário busca fazer cumprir os compromissos constitucionais em favor das minorias, ele não está sendo ativista, mas, sim, cumprindo a Constituição.

Note-se que Luis Roberto Barroso, um ferrenho defensor do ativismo judicial e de um papel “iluminista e de vanguarda” do Poder Judiciário, identifica o ativismo judicial como uma formulação proativa de analisar e aplicar o texto constitucional, de forma a ampliar sua concepção de interpretação e utilização. Este movimento é característico de situações de contração política, principalmente do Poder Legislativo, e do distanciamento entre a classe política e a sociedade, o que acarreta o não atendimento das demandas sociais, as quais são buscadas junto ao Poder Judiciário. Assim, não por definição do texto constitucional, mas por pressão social, ficam incumbidos os magistrados de prolatarem a efetivação das promessas de direitos e garantias expressas no texto da lei maior, adentrando o espaço reservado nesta para os Poderes Executivo e Legislativo.⁴²

Ocorre que o processo de construção e constituição do ativismo judicial no Brasil “é fenômeno de discussão recente, diferentemente do que ocorreu em outros países, notadamente nos EUA”.⁴³ Portanto, ainda que natural dos nossos tempos, vislumbra-se que “justamente para evitar que o Judiciário assuma funções de governo que surge a necessária crítica ao ativismo judicial”.⁴⁴ Isto pois, para que seja possível realizar a defesa da Constituição e do Estado como um todo, é necessário, igualmente, defender-se as instâncias de poderes como preceituadas no texto constitucional.

4 DIREITO COMPARADO E O CENÁRIO NACIONAL

No cenário internacional as referências literárias nos trazem a construção do ativismo judicial principalmente a partir de dois polos, quais são: Estados

⁴¹ ALVES, Ivete Mariade O. Judicialização, ativismo e efetivação de direitos fundamentais. *Revista de Direito Brasileira*. Florianópolis, v. 2, jan. 2012, p. 9. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad6007a0000014fc77c2b267bod131d&docguid=lc65dd410baf411e183e700008517971a&hitguid=lc65dd410baf411e183e700008517971a&spos=1&epos=1&td=1&context=7&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 01 ago. 2015.

⁴² BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*. Brasília, n. 04, jan./fev. 2009, p. 6. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2014.

⁴³ ASSIS, Luís Fabiano de. *Ativismo judicial na justiça do trabalho*. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 22. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-22042013-110316/>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

⁴⁴ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 35.

Unidos da América e Europa. Iniciando a análise do modelo Norte Americano, vislumbra-se que a primeira referência encontrada pelos historiadores data de “1947, [...] em um artigo escrito por Arthur Schlesinger Jr. e publicado na revista Fortune”.⁴⁵ Esta posição é corroborada por Tassinari ao assinalar que o “Estados Unidos foi o país onde nasceu a noção de ativismo judicial e a preocupação com a formação de um governo de juízes”.⁴⁶ Todavia, a doutrina costuma ir mais a fundo, para encontrar nos meandros históricos do *judicial review* o surgimento do ativismo judicial.

Nesse sentido, Leal assinala o julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, no início do século XIX, pela Suprema Corte Norte-Americana como o caso mais emblemático do surgimento do ativismo judicial. Nesta situação a corte entendeu que caberia a ela a função da revisão judicial (*judicial review*) das leis promulgadas pelos demais Poderes perante o preceituado na Constituição, buscando aplicar os princípios norteadores estabelecidos na Constituição. De forma que, sempre que houvesse contrariedade a estes princípios, caberia a aplicação da primazia da lei fundante.⁴⁷ O conceito inicial do ativismo judicial encontrar-se-ia, para esses autores, alicerçado na revisão judicial constituída nesse caso, explicitando o poder da Corte Superior como defensora do texto constitucional, de declarar a constitucionalidade ou não de leis elaboradas por outros Poderes, tendo como pano de fundo da decisão os fundados valores individuais dos julgadores.⁴⁸ No entanto, não se trata, no caso *Marbury v. Madison*, propriamente de uma postura ativista, mas de um prenúncio daquilo que veio a ser conhecido como Supremacia Constitucional.

Barroso, por sua vez, aprofunda o estudo histórico, atestando que o ativismo judicial está intrinsecamente relacionado à jurisprudência dos Estados Unidos da América, a qual é repleta de referências, tanto como tradicionalistas quanto como vanguardistas. As primeiras podem ser compreendidas como aquelas que buscam sustentar o *status quo* jurídico-político-social, enquanto que as demais são aquelas que alterarão as bases da sociedade conhecida até

⁴⁵ ARANHA FILHO, Adalberto J. Q. T. d. C.; ARANHA, Marina D. de C. C. Legitimidade Constitucional Do Ativismo Judicial. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 22, n. 86, jan./mar. 2014, p. 307-325. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad81815000014f84addf2e72920636&d3ocguid=l6a9d51coa42f11e39b7801000000000&hitguid=l6a9d51coa42f11e39b7801000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 01 ago. 2015.

⁴⁶ TASSINARI, Clarissa. Revisitando o problema do ativismo judicial: contributos da experiência norte-americana. *Anima Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet*, Curitiba, v. 4, 2010, p. 64. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima4-Seleto%20Externa/anima4-Clarissa-Tassinari.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2015.

⁴⁷ LEAL, Rogério Gesta. As Responsabilidades Políticas do Ativismo Judicial: Aspectos Teórico-Práticos da Experiência Norte-Americana e Brasileira. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônica Clarissa Hennig (Orgs.). *Ativismo Judicial e Déficit Democráticos: Algumas Experiências Latino-Americanas e Europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 4.

⁴⁸ MADUREIRA, Claudio Penedo. Direito e Democracia: Esforço Teórico De Delimitação Dos Papéis Do Legislativo E Do Judiciário No Processo Construtivo Do Direito. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 31-38.

aquele momento. Há de se destacar, então, que o ativismo judicial não pode ser compreendido somente em suas facetas “vanguardistas”, ou seja, quando o Poder Judiciário entende por inovar em suas decisões.⁴⁹

O ativismo, nessa ótica, é identificado tanto em seu caráter progressista quanto conservador. Há que se ressaltar que os precedentes fixados pela Suprema Corte “constituem a principal fonte do direito e, portanto, a atividade jurisdicional implica a própria criação do direito, de tal modo que o papel desempenhado pelos tribunais se tornou uma pauta constante na discussão jurídico-política”.⁵⁰ Esta característica é a base das decisões dos casos citados anteriormente, em que a Suprema Corte Norte-Americana forneceu entendimento ora reformador ora inovador perante os pedidos formulados, tendo como alicerce para tal as somas dos valores individuais dos julgadores, suas leituras do texto constitucional na época dos julgamentos e seus posicionamentos políticos sobre os temas discutidos.

A tradição empregada no sistema judiciário norte-americano faculta – notadamente num viés ativista – aos julgadores analisar um caso concreto empregando valores sociais, morais e culturais. Neste contexto, são os juízes os garantidores dos valores públicos. De tal sorte que quanto mais elementos extralegais possam se valer para interpretar o texto legal, maior será a validade da decisão proferida.⁵¹

Dentro da análise histórica das decisões Suprema Corte Norte Americana, cumpre destacar o papel ativista – tanto progressista quanto conservador - desempenhado por decisões como a de *Dred Scott vs. Sandford*, de 1857; *West Coast Hotel Co. vs. Parrish*, em 1937; *Brown vs. Board of Education*, de 1954; *Griswold vs. Connecticut*, em 1965; *Miranda vs. Arizona*, no ano de 1966, e; *Richardson vs. Frontiero* e *Roe vs. Wade*, ambos de 1973.

No Caso *Dred Scott* a Suprema Corte dos Estados Unidos da América entendeu que escravos e seus descendentes, fossem eles escravos ou não, não se incluíram sob a égide da Constituição dos Estados Unidos. Conforme a decisão eles seriam propriedade e não cidadãos, de forma que nem poderiam se tornar

⁴⁹ BARROSO Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, Brasília, n. 04, jan./fev. 2009, p. 7. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2014.

⁵⁰ TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo Judicial: As experiências Norte-Americana, Alemã e Brasileira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 53, fev. 2013, p. 138. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/30764>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

⁵¹ LEAL, Rogério Gesta. As Responsabilidades Políticas do Ativismo Judicial: Aspectos Teórico-Práticos da Experiência Norte-Americana e Brasileira. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônica Clarissa Hennig (Orgs.). *Ativismo Judicial e Déficit Democráticos: Algumas Experiências Latino-Americanas e Europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 5.

cidadãos daquele país nem teriam capacidade para postular judicialmente. Nesta decisão foi igualmente estipulada a falta de legitimidade do Congresso norte-americano para redigir legislação antiescravagista.⁵²

Através do Caso *West Coast Hotel Co. vs. Parrish*, o tribunal superior norte-americano atestou a constitucionalidade da legislação sobre salário mínimo do Estado de Washington. A decisão reverteu posicionamento anterior, fixado no caso *Adkins vs. Children's Hospital*, de 1923. Esta decisão marcou o fim da Era Lochner, então presidente da Suprema Corte, a qual ficou conhecida pela invalidação de legislações que buscassem interferir ou regulamentar as atividades econômicas.⁵³

O caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* fixou um marco legal no que tange o tema da segregação racial, ao estipular a inconstitucionalidade de lei estadual que definisse a separação legal de estudantes brancos e negros em escolas públicas. Esta decisão revogou o posicionamento anteriormente expresso pela corte no caso *Plessy vs. Ferguson*, datada de 1896.⁵⁴

A partir do caso *Griswold vs. Connecticut* a Suprema Corte Norte Americana julgou a inconstitucionalidade do *Connecticut Comstock Act*, de 1879. A referida legislação estipulava a ilegalidade do uso de mediações ou meios contraceptivos, inclusive, à multa ou detenção, para aqueles que fizessem uso de tais recursos. Assim, para a corte superior, a legislação guerreada apresentava-se como afronta ao direito à privacidade conjugal, direito este que encontrava suas raízes na 14ª Emenda Constitucional, derivando do direito fundamental à privacidade.⁵⁵

Através do caso *Miranda vs. Arizona*, foram fixados os marcos legais dos direitos pessoais e individuais, ao definem o direito de não se auto incriminar e de poder contar com amparo de defensor legal antes e durante o interrogatório. A partir desse julgamento tornou-se obrigatório para as forças policiais dos Estados Unidos advertirem os suspeitos de atividades criminais, quando postos em custódia ou capturados, dos seus direitos, procedimento este conhecido, desde então, como “Ler os Direitos de Miranda”.⁵⁶

⁵² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na suprema corte norte-americana. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB*, Lisboa, ano 2, n. 6, 2013, p. 4713-4718. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_06_04693_04741.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2015.

⁵³ CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. Legal Information Institute. *West Coast Hotel Co. v. Parrish*. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/300/379>>. Acesso em: 20 set. 2015.

⁵⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na suprema corte norte-americana II. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB*, Lisboa, ano 2, n. 7, 2013, p. 6525-6531. Disponível em: <cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/07/2013_07_06515_06571.pdf>. Acesso em: 29 set. 2015.

⁵⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na suprema corte norte-americana II. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB*, Lisboa, ano 2, n. 7, 2013, p. 6531. Disponível em: <cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/07/2013_07_06515_06571.pdf>. Acesso em: 29 set. 2015.

⁵⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na suprema corte norte-americana II. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB*, Lisboa, ano 2, n. 7, 2013, p. 6532. Disponível em: <cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/07/2013_07_06515_06571.pdf>. Acesso em: 29 set. 2015.

Em 1973 o caso *Frontiero vs. Richardson* estabeleceu que os benefícios dados aos militares dos Estados Unidos não poderiam ser fornecidos de forma diferenciada por conta do sexo do solicitante. Sharron Fronteiro, então tenente da Força Aérea Norte Americana solicitou os benefícios de moradia e saúde para o seu marido, o qual ela teve que declarar com “dependente” e comprovar a sua dependência em, pelo menos, mais da metade dos recursos necessários para sua subsistência. O marido de Sharron, Joseph, não se enquadrava no quesito estipulado e não poderia receber o benefício. Enquanto isso o benefício era deferido integralmente e automaticamente para qualquer esposa de oficiais que o solicitassem.⁵⁷

Referência no que tange a intimidade do indivíduo, o caso *Roe vs. Wade* fixou o entendimento da Suprema Corte que o Direito à Privacidade, especificado na 14ª Emenda Constitucional, se aplicava, igualmente, para o direito ao aborto, desde que devidamente equilibrado com o direito à saúde da mulher e o direito à vida humana. No caso em tela, iniciado no Estado do Texas, buscou-se a autorização judicial para realizar aborto de gravidez resultante de estupro. A decisão prolatada pela Suprema Corte foi de que caberia à mulher, decidir pela continuidade ou não da gravidez, amparada pelo direito à privacidade, e que nenhuma legislação estadual poderia impedir este direito.⁵⁸

Por sua vez, os exemplos encontrados no Velho Continente, com destaque para aqueles desenvolvidos nos tribunais constitucionais da Alemanha e França, países de tradição da *Civil Law*, conseguem demonstrar que estes foram concebidos como “instância de avaliação jurídica e política da atividade legislativa, sem que essa opção resulte em politização da justiça e judicialização da política”.⁵⁹ Isto não afasta destes espaços a possibilidade de deliberar sobre temas de forma a criar novos entendimentos, principalmente sobre assuntos nevrálgicos à sociedade. Pelo contrário, as concepções em que estes espaços jurídicos são constituídos no período pós-segunda guerra mundial encontram-se em consonância com os preceitos do ativismo judicial, ao reconhecerem a estes, em suas fundações, as características políticas das suas decisões.

⁵⁷ US SUPREME COURT. Justia. *Frontiero v. Richardson* 411 U.S. 677 (1973). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/411/677/>>. Acesso em: 20 set. 2015.

⁵⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na suprema corte norte-americana II. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB*, Lisboa, ano 2, n. 7, 2013, p. 6533. Disponível em: <cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/07/2013_07_06515_06571.pdf>. Acesso em: 29 set. 2015.

⁵⁹ ALVES, Ivete MariadeO. Judicialização, ativismo e efetivação de direitos fundamentais. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 2, jan. 2012, p. 11. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007a0000014fc77c2b267bod131d&docguid=lc65dd410baf411e183e700008517971a&hitguid=lc65dd410baf411e183e700008517971a&spos=1&epos=1&td=1&context=7&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 01 ago. 2015.

Conforme Fernandes, o Estado germânico ocupa papel central na constituição do ativismo judicial europeu, tendo como marco inicial a criação do Tribunal Constitucional Federal no pós-guerra. O surgimento desta instância como protetora do texto constitucional almeja, igualmente, conciliar os anseios pela concretização dos direitos fundamentais, sendo, para tanto, imbuída não só de características jurídicas, mas também políticas.⁶⁰

O movimento, que culmina com a criação do Tribunal Constitucional Alemão, surge com o objetivo claro de “romper com o modelo jurídico vigente à época do nazismo e, paralelamente, legitimar as decisões tomadas com base na Constituição outorgada, em 1949, pelos aliados”.⁶¹ Assim, a retomada do protagonismo do judiciário alemão se encontra alicerçada no anseio social e político pós regime totalitário, buscando equiparar o país aos demais ordenamentos jurídicos da época.

Em um período de ressignificação social, o sistema normativo não perdeu sua característica racional. Contudo, buscou conciliar os sistemas de valores morais e sociais, o texto constitucional e o desejo da concretização dos direitos fundamentais expressos neste. Para tanto, o Tribunal Constitucional Federal desenvolveu o que seria intitulado de “jurisprudência dos valores”. Através desta, consagrou sua atuação ativista na defesa dos “valores inerentes à vida – e lançou suas bases em uma interpretação construída a partir de critérios supralegis de valoração que devem orientar a atividade jurisdicional”⁶², deliberando com posicionamentos claramente ativistas na defesa dos direitos humanos e sociais.

Na França, por outro lado, o palco em que surge o ativismo judicial começa a se delinear a partir de 1958 com a promulgação da nova constituição do país e o surgimento do Conselho Constitucional. Este último passa a ser compreendido como arena jurídica distinta do Poder Judiciário ordinário. Sem perder a característica de ser, em grande parte das vezes, esfera de interferência do Judiciário em temas inerentes à Política.⁶³

⁶⁰ FERNANDES, Ricardo V. de C.; BORGES, Alexandre W. Experiências de ativismo judicial na Europa Continental. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 48, n. 192, out./dez. 2011, p. 72-73. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242930/000936210.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 20 set. 2015.

⁶¹ TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo Judicial: As experiências Norte-Americana, Alemã e Brasileira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. Curitiba, v. 53, fev. 2013, p. 145. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/30764>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

⁶² TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo Judicial: As Experiências Norte-Americana, Alemã e Brasileira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. Curitiba, v. 53, fev. 2013, p. 146. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/30764>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

⁶³ LEAL, Rogério Gesta. As Responsabilidades Políticas do Ativismo Judicial: Aspectos Teórico-Práticos da Experiência Norte-Americana e Brasileira. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônica Clarissa Hennig (Orgs.). *Ativismo Judicial e Déficit Democráticos: Algumas Experiências Latino-Americanas e Europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 10.

Necessário ressaltar que o sistema jurídico francês é visto pelos seus cidadãos com extensa desconfiança, imbuída nas construções histórico-sociais da nação. Ainda assim é claro seu papel nas reformas e revisões do texto constitucional, mantendo, o distanciamento do Poder Judiciário como revisor dos atos dos demais poderes, cabendo ao Conselho Constitucional essa função.⁶⁴

Admite-se, para fins exemplificativos, citar, da mesma forma, as experiências surgidas no mesmo período na Itália e, mais tarde, na Espanha. Em 1947 a Itália promulga sua nova constituição, seguindo as linhas dos demais países que o fizeram após a segunda guerra mundial. Similarmente ao caso alemão, a promulgação de um novo texto constitucional foi acompanhada da criação do seu Tribunal Constitucional no ano de 1956, com atribuições claras de escudar a Lei Maior. Da sua parte, a Espanha foi editar nova constituição somente no ano de 1978. Esse distanciamento temporal dos demais exemplos europeus é atribuído ao demorado processo de construção do consenso político no país. Contudo, não impediu que o Poder Judiciário espanhol desenvolvesse, igualmente, características ativistas em defesa dos direitos constantes no texto fundante.⁶⁵

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A elaboração dos textos constitucionais, no Estado Democrático de Direito, ocasionou reflexos, tanto no que tange a busca da sociedade pelos direitos neles especificados, como nos Poderes estatais, a fim de corresponder esses anseios. Nesse contexto, quando tais pretensões não são atendidas por quem de direito, o Executivo ou Legislativo, ocorre o deslocamento das esferas de discussão dos temas sociais e de grande relevância, do espaço político para o jurídico, carregando o Poder Judiciário com demandas politizadas e, também, politizando-o. Esse movimento é identificado como judicialização da vida, onde, frente à incapacidade da resolução de conflitos pela via social, amplia-se a busca pela resposta jurisdicionada como forma de dirimir as lides. A judicialização da vida, por sua vez, causa dois efeitos principais, a Judicialização da Política e o Ativismo Judicial.

A judicialização da política representa o incremento de discussões políticas que acabam buscando, assim como a sociedade, o Judiciário para resolver disputas. Por sua vez, o ativismo judicial pode ser entendido como uma forma de expansão dos Poderes atribuídos ao Judiciário a partir de decisões judiciais ao

⁶⁴ FERNANDES, Ricardo V. de C.; BORGES, Alexandre W. Experiências de ativismo judicial na Europa Continental. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 48, n. 192, out./dez. 2011, p. 71-72. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242930/000936210.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 20 set. 2015.

⁶⁵ FERNANDES, Ricardo V. de C.; BORGES, Alexandre W. Experiências de ativismo judicial na Europa Continental. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 48, n. 192, out./dez. 2011, p. 75. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242930/000936210.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 20 set. 2015.

realizarem tanto inovações legislativas (criando entendimentos que não encontram base em leis), alterarem os significados dos textos normativos, como não observarem, total ou parcialmente os marcos legais.

O ativismo judicial é concebido, teoricamente, como recurso para fornecer soluções as demandas apresentadas ao Judiciário que não encontram amparo na legislação existente ou que representam omissão do Poder Executivo no que diz respeito à concretização de direitos fundamentais. Assim, pode ser compreendido como o processo de tomada de decisões judiciais, com reflexo político ou social, redefinindo ou criando novos parâmetros de juridicidade perante situações singulares, que poderão, inclusive, se expandir para outras situações.

A construção histórica do ativismo judicial demonstra que a discussão não é recente, possuindo mais de 200 anos nos Estados Unidos da América. Lá, o ativismo teve reflexos significativos, tanto na estruturação social como no debate sobre suas atribuições e limitações. Os Estados Unidos da América foram percussores também no seu estudo, conceituado, analisando e lançando bases para sua difusão no mundo. Outros exemplos de ativismos judiciais são encontrados ao longo da Europa, como nos casos da Alemanha, França e Itália.

No entanto, diante dessa breve digressão histórica, é importante questionar em que medida o ativismo judicial realizado no Brasil não representa um enfraquecimento da própria Constituição. Com o ativismo impregna-se, no discurso jurídico, uma série de argumentos morais e de política, os quais não deveriam servir de parâmetro para as decisões judiciais. Daí a relevante distinção propugnada por Dworkin entre argumentos de princípios e de política. Um princípio prescreve que um direito contém uma exigência de “justiça” ou equanimidade, ao passo que os argumentos de política estabelecem um objetivo ou meta a ser alcançado, que geralmente consiste na melhoria de algum aspecto político ou social da comunidade, com o fim de promover uma situação econômica, política ou social considerada desejável.⁶⁶ O risco que há nisso, dentre tantos outros, é transferir aquilo que é próprio da arena política para a esfera do Judiciário, enfraquecendo a cidadania, questão bastante grave mormente numa democracia jovem como é o caso da brasileira.

⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 119-120

REFERÊNCIAS

- ALVES, Ivete Maria de O. Judicialização, ativismo e efetivação de direitos fundamentais. **Revista de Direito Brasileira**. Florianópolis, v. 2, jan. 2012. Disponível em: <http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007a0000014fc77c2b267bod131d&docguid=lc65dd410baf411e183e700008517971a&hitguid=lc65dd410baf411e183e700008517971a&spos=1&epos=1&td=1&context=7&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 01 ago. 2015.
- ARANHA FILHO, Adalberto J. Q. T. d. C.; ARANHA, Marina D. de C. C. Legitimidade Constitucional Do Ativismo Judicial. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 22, n. 86, jan./mar. 2014, p. 307-325. Disponível em: <http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad818150000014f84addf2e72920636&docguid=l6a9d51coa42f11e39b78010000000000&hitguid=l6a9d51coa42f11e39b78010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 01 ago. 2015.
- ASSIS, Luís Fabiano de. **Ativismo judicial na justiça do trabalho**. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-22042013-110316/>. Acesso em: 30 mai. 2015.
- BARROSO Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**, Brasília, n. 04, jan./fev. 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2014.
- BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma teoria do estado. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n.49, jul/dez, 2006.
- _____. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Márcio Ricardo. Juizados Especiais e Ativismo Judicial à Luz de Luis Alberto Warat. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2012v33n64p105>. Acesso em: 31 jul. 2014.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. 2º ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 41.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na suprema corte norte-americana. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB**, Lisboa, ano 2, n. 6, 2013, p. 4713-4718. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_06_04693_04741.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2015.

_____. A evolução do ativismo judicial na suprema corte norte-americana II. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB**, Lisboa, ano 2, n. 7, 2013, p. 6525-6531. Disponível em: <[cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/07/2013_07_06515_06571.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/07/2013_07_06515_06571.pdf)>. Acesso em: 29 set. 2015.

CANOTILHO, J. J. GOMES. **Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política e a politização da justiça – Tópicos para uma intervenção no Poder Judiciário**. Supremo Tribunal de Justiça, Lisboa, 2007. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/jspp_gomescanotilho.pdf> Acesso em: 01 mar. 2015.

CORNEL UNIVERSITY LAW SCHOOL. Legal Information Institute. **West Coast Hotel Co. v. Parrish**. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/300/379>>. Acesso em: 20 set. 2015.

DA SILVA, Geocarlos Augusto Cavalcante. Democracia e Ativismo judicial. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 46, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&sguid=ioad81815000014faddcec3a656adaff&docguid=la4f8e9e095cf11e0980800008558bdfc&hitguid=la4f8e9e095cf11e0980800008558bdfc&spos=4&epos=4&td=4&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 01 ago. 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Ricardo V. de C.; BORGES, Alexandre W. Experiências de ativismo judicial na Europa Continental. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 48, n. 192, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242930/000936210.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 20 set. 2015.

FERNANDES, Ricardo V. de C.; BORGES, Alexandre W. Experiências de ativismo judicial na Europa Continental. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 48, n. 192, out./dez. 2011, p. 71-72. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242930/000936210.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 20 set. 2015.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos estud. - CEBRAP**. São Paulo, n. 96, jul. 2013, p. 74. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 31 ago. 2015.

LEAL, Rogério Gesta. As Responsabilidades Políticas do Ativismo Judicial: Aspectos Teórico-Práticos da Experiência Norte-Americana e Brasileira. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônica Clarissa Hennig (Orgs.). **Ativismo Judicial e Déficits Democráticos: Algumas Experiências Latino-Americanas e Europeias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOMEU, Gustavo. **O Papel do Ativismo Judicial na Construção do Paradigma do Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_23451438_O_PAPEL_DO_ATIVISMO_JUDICIAL_NA_CONSTRUCAO_DO_PARADIGMA_DO_ESTADO_DEMOCRATICO_DE_DIREITO.aspx>. Acesso em: 6 abr. 2015.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais: Teoria e Prática**. São Paulo: Método, 2006.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo Judicial: Limites institucionais democráticos e constitucionais**. 1.ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise do estado, constituição e democracia política: a “realização” da ordem constitucional em países “periféricos”. In: **20 Anos de Constituição: os direitos humanos entre a norma e a política** / Organizadores Lenio Luiz Streck, Vicente de Paulo Barretto e Alfredo Santiago Culleton. São Leopoldo: Oikos, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para a Teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Edições Almedina, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni De. Minorias e Democracia no Brasil. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, 2006. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.fmd.pucminas.br%2Fvirtuajus%2F2_2005%2FDocentes%2FPDF%2FMinorias%2520e%2520Democracia%2520no%2520Brasil.pdf&ei=Ex2HVfPsl4Tu-AGn7a1g&usq=AFQjCNGxmbvn4oGfuYkwwRwdndEwmchG9Q&bvm=bv.96339352,d.cWw>. Acesso em: 19 mar. 2015.

RIBEIRO, Josuel Stenio da Paixão. Habermas e o Conceito Procedimental de Democracia. **Revista Saber Acadêmico**, Presidente Prudente, n. 12, jun./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.uniesp.edu.br/revista/revista12/pdf/artigos/o6.pdf>> Acesso em: 19 mar. 2015.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Accountability e Independência Judiciais: O Desenho Institucional Do Judiciário E Do Conselho Nacional De Justiça No Estado Democrático De Direito Brasileiro.** 2012. Tese (Doutorado em Direitos Humanos e Democracia – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012).

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SALGADO, Eneida Desirre. A representação política e sua mitologia. **Paraná Eleitoral**, Curitiba, v. 1, n. 1, 2012. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-pr-parana-eleitoral-revista-1-artigo-2-eneida-desiree-salgado>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

SANTOS, Paulo Junior Trindade dos; BALESTRIN, Thelleen Aparecida Balestrin. Ativismo Judicial. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 18, n. 24, 2011. Disponível em: <<http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/39/43>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

SCHMIDT NETO, André Perin. A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Uniritter**, Canoas, v. 1, n. 10, 2009. Disponível em: <<http://seer.uniritter.edu.br/index.php/direito/article/download/252/168>>. Acesso em: 31 abr. 2015.

SOARES, José Ribamar Barreiro. **Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política.** 2010. Tese, 193 f. (Doutorando em Ciência Política). Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasília, DF, RJ, 2010. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=oCCgQFjABahUKEwja176ikfTHAhXLC5AKHTVNAx4&url=http%3A%2F%2Fwww2.camara.leg.br%2Fresponsabilidade-social%2Fedulegislativa%2Feducao-legislativa-1%2Fposgraduacao%2Farquivos%2Fpublicacoes%2Fteses-dinter%2FJosdeRibamarBarreirosSoaresprojetoDinter.pdf&usg=AFQjCNEGafPp7SzuCvo8vrGeOoqLX_Q_Hg&sig2=rn3_S3iAGKxWjkywFJOhtg>. Acesso em: 30 abr. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** 11. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2014.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 32.

_____. Revisitando o problema do ativismo judicial: contributos da experiência norte-americana. **Anima Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet**, Curitiba, v. 4, 2010, p. 64. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima4-Seleto%20Externa/anima4-Clarissa-Tassinari.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2015.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo Judicial: As experiências Norte-Americana, Alemã e Brasileira. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Curitiba, v. 53, fev. 2013. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/30764>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

TROPER, Michel. **Por una teoría jurídica del estado**. Prólogo de Gregorio Peces-Barba Martínez. Traducción de María Venegas Grau. Dykinson: Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de Las Casas", 2001, p. 122.

US SUPREME COURT. Justia. **Frontiero v. Richardson 411 U.S. 677 (1973)**. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/411/677/>>. Acesso em: 20 set. 2015.

a legislação brasileira sobre agrotóxicos

Jeferson Jeldoci Pol

Bacharel em Direito pela Universidade Feevale. Foi bolsista de Iniciação Científica em Desenvolvimento Tecnológico e Inovação - PIBITI – CNPq/FEEVALE durante o período 2014/2 a 2016/1. E-mail: jefersonpoladv@gmail.com.

Haide Maria Hupffer

Doutora em Direito pela Unisinos. Docente e Pesquisadora no Programa de Pós-Graduação em Qualidade Ambiental da Universidade Feevale. Docente no Curso de Graduação em Direito na Feevale. Líder do Grupo de Pesquisa Direito e Desenvolvimento. E-mail: haide@feevale.br.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com a população mundial passando dos 7 bilhões de habitantes, é vital garantir a segurança dos alimentos aos consumidores, assegurando ao mesmo tempo a sustentabilidade da produção, a distribuição e a comercialização em condições adequadas ao consumo humano, bem como informações claras ao consumidor sobre a utilização ou não de agrotóxicos no processo produtivo.

Em 2030, a demanda de alimentos deverá aumentar substancialmente, portanto, a oferta global de alimentos está desempenhando um papel cada vez mais importante no cenário econômico e político do planeta. Por outro lado, a preocupante escalada no uso indiscriminado de agrotóxicos dá ao Brasil a triste constatação de ser o campeão mundial no uso destes produtos. Entretanto, destoa em relação à produção mundial de alimentos, ocupando no momento o terceiro lugar, ficando atrás da vizinha Argentina e muito distante do primeiro lugar, ocupado pelos norte-americanos.

Nas últimas décadas, emergiu de diversos setores da sociedade, dúvidas em torno das consequências ambientais e para a saúde humana sobre o uso maciço de agrotóxicos, antibióticos e biotecnologia, na agricultura e pecuária. De um lado, o setor agropecuário, de fruticultura e de verduras têm relevância estratégica e econômica, com influência na soberania e segurança alimentar dos Estados, mas por outro lado, as inovações que acompanham o seu crescimento e desenvolvimento determinam mudanças concretas à saúde humana.¹ A discussão vem à tona na medida em que o modelo de produção agrícola passou a seguir regras dos processos industriais, de onde surgiu seu nome de “Revolução Verde”. No Brasil, as discussões se ampliaram a partir do ordenamento jurídico que dispôs sobre uma proteção especial ao consumidor e seu direito de informação sobre o que realmente consome e suas consequências futuras.²

O presente estudo objetiva discutir a legislação brasileira sobre agrotóxicos. Inicialmente realiza-se o resgate histórico da agricultura e a sua importância para o crescimento da população humana, desde o período do Neolítico até a segunda grande guerra mundial. Na sequência são apresentados os primeiros alertas sobre os efeitos dos agrotóxicos no meio ambiente e na saúde humana e o uso de agrotóxicos no Brasil. Por fim, examina-se a legislação brasileira sobre agrotóxicos e a necessidade de avançar em termos de leis para que o consumidor tenha seus direitos respeitados. Assim, buscar-se-á interpretar a legislação nacional sob o ponto de vista do consumidor, meio ambiente e o uso de agrotóxicos.

¹ SÃO PAULO, Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Ato nº 34. Comissão Parlamentar de Inquérito da Segurança Alimentar - Ato nº 34 de 10 de agosto de 2010.

² BRASIL, Presidência da República. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras.

1 BREVE HISTÓRIA DA AGRICULTURA E SUA IMPORTÂNCIA

A importância da agricultura na evolução da civilização humana vem desde suas origens, especificamente no Período Neolítico, conhecida como a era da pedra polida, iniciando em 10.000 a.C., mas tomando mais importância por volta de 5.000 a.C.. Neste período, o homem passa de caçador-coletor para agricultor, de nômade para sedentário quando pequenos grupos humanos foram se agrupando em torno de diversos rios em várias regiões do Planeta. As civilizações hidráulicas é uma das primeiras civilizações que se têm registros, seja as Indus, da Mesopotâmia e as que se agruparam em torno do rio Nilo. Todas estas civilizações eram dependentes das vazantes dos rios, que embora com extensões limitadas, suportavam grande densidade populacional, possibilitando o nascimento de uma nova sociedade.³

O surgimento das grandes civilizações, no início da revolução do Período Neolítico, teve sua origem no Crescente Fértil, “expressão criada pelo arqueólogo americano James Breasted. Esta região fica entre os rios Tigre e Eufrates, e segue nas margens dos rios Nilo e Jordão”.⁴ Ruddman diz que há 8000 anos a.C, as populações humanas já dependiam da agricultura para a maior parte de sua alimentação.⁵ Ainda, Heródoto, em suas crônicas, relata sobre o Crescente Fértil, quando diz que “a terra se presta ao plantio de toda espécie de sementes, desenvolvendo-as na proporção de duzentas por uma, e até de trezentas em alguns anos[...]”.⁶

Escritos históricos que datam entre 10.000 e 7.500 a.C. revelam que a primeira revolução agrícola “[...]iniciou-se no Egito com a seleção do cultivo de grãos dando-se início a uma das mais importantes revoluções tecnológicas do alvorecer da humanidade, ou seja a revolução agrícola”.⁷ Darcy Ribeiro refere que no curso da revolução agrícola, determinadas coletividades “experimentam grandes progressos na sua capacidade produtiva, devidos à substituição da enxada pelo arado puxado por animais e ao uso de fertilizantes”.⁸

³ MAZOYER, Marcel; ROUDART, Laurence. **História das Agriculturas no Mundo: do neolítico à crise contemporânea**. Tradução de Cláudia F. Falluh Balduino Ferreira. Porto Alegre: Unesp, 2009, p. 69-75.

⁴ ANDRADE, Carlos Henrique Vianna de. **História Ilustrada da Medicina na Antiguidade: A história da Medicina Antiga no seu contexto sociocultural**. São Paulo: Baraúna, 2012, p. 99.

⁵ RUDDIMAN, William F. **A Terra Transformada**. Tradução de Théo Amon. Porto Alegre: Bookman, 2015, p. 54.

⁶ HERÓDOTO (484 A.C - 425 A.C.). **História**. Tradução de Pierre Henri Larcher. Rio de Janeiro: eBooksBrasil, 2006, p. 139.

⁷ DOBERSTEIN, Arnaldo Walter. **O Egito Antigo**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 19.

⁸ RIBEIRO, Darcy. **O processo civilizatório: etapas da evolução sociocultural**. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1998, p. 63.

No período 4.000 a.C., nasce também a escrita, como forma de controle da irrigação, colheitas e dos impostos, entre outros. Com a concentração das populações em cidades foram criados códigos escritos, superando os transmitidos pela tradição dos costumes.⁹ Por volta de 1.880 a 1.870 a.C., o *Rey Lipit-Ishtar de Isin*, quarta dinastia da Babilônia, compilou o Código que leva seu nome, com o objetivo de “estabelecer a justiça, fazer desaparecer os motivos de queixas e expulsar por meio da força dos exércitos armados os inimigos e os rebeldes, e trazer o bem-estar aos habitantes de Isin”.¹⁰ Ele pré-data o mais conhecido código de leis, o de Hammurabi. Entre as regras do código, nos artigos de 8 a 11 há uma clara preocupação com o uso do solo.

O Código de *Lipit-Ishtar*, em fragmentos de argila, anterior ao de Hamurabi, revela a transformação das leis, que eram transmitidas pela tradição e que começaram a ser escritas pela necessidade do uso de controles e proteção da propriedade.¹¹

O uso de pesticidas para a proteção da produção de alimentos remonta do ano de 2.500 a.C. Nesta época o enxofre era usado para o combate de insetos, pois se acreditava que o mau cheiro repelia as pragas¹², conforme observa Taylor “os pesticidas não são de maneira alguma uma nova invenção. O uso intencional registrado pela primeira vez de um pesticida, data de 2500 a.C.”, onde compostos de enxofre eram usados pelo seu mau cheiro.¹³

O uso de insumos agrícolas, sedimentos orgânicos mineralizados, de origem animal, vegetal e humana, também não era uma novidade nos primórdios da agricultura, limitados apenas pelo sistema de industrialização e de transporte que restringiam seu uso de forma mais intensiva.¹⁴

Basicamente não houve mudanças nos processos e equipamentos. Fonseca pondera que “até o século XVIII os implementos e ferramentas agrícolas eram rudimentares e praticamente não se distingue muito das utilizadas dois mil anos antes por antigas civilizações da Ásia menor e da Europa”.¹⁵ Logo,

⁹ GOMES, Eduardo de Castro. A escrita na História da humanidade. *Dialógica* - Revista Eletrônica da Faculdade de Educação da Universidade Federal do Amazonas, Manaus, v. 1, n. 3, p. 5, 2007.

¹⁰ SILVA, Luzia Gomes da; CASTRO, Julio Cezar da Silva. *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais no Brasil: passeio histórico-político*. São Paulo: Baraúna, 2011, p. 28.

¹¹ GOMES, Eduardo de Castro. A escrita na História da humanidade. *Dialógica*. Revista Eletrônica da Faculdade de Educação da Universidade Federal do Amazonas, Manaus, v. 1, n. 3, p. 5, 2007.

¹² TAYLOR, Eric L; HOLLEY, A. Gordon; KIRK, Melanie. Pesticide Development: a Brief Look at the History. *Southern Regional Extension Forester*. Athens, p. 2. mar. 2007.

¹³ MAZOYER, Marcel; ROUDART, Laurence. Origem e Expansão da Agricultura no Mundo. In: MIGUEL, Lovois de Andrade (Org.). *Dinâmica e Diferenciação de Sistemas Agrários*. Porto Alegre: UFRGS, 2009,

¹⁴ MAZOYER, Marcel; ROUDART, Laurence. Origem e Expansão da Agricultura no Mundo. In: MIGUEL, Lovois de Andrade (Org.). *Dinâmica e Diferenciação de Sistemas Agrários*. Porto Alegre: UFRGS, 2009, p. 65.

¹⁵ FONSECA, Maria da Graça Derengowski. *Concorrência e Progresso técnico na indústria de máquinas para agricultura: Um estudo sobre trajetórias tecnológicas*. 1990, Tese. 268 f. (Doutorado em Economia), Programa de Pós graduação do Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, 1990, p. 54.

eram “necessárias profundas transformações tecnológicas na agricultura” para ampliar a oferta de alimentos. Dependiam de outras áreas para avançar na distribuição de alimentos para países mais distantes como a área de transportes que neste período já vinha avançando com a possibilidade de navegação a vapor.¹⁶

A Revolução Industrial foi importante para o desenvolvimento de tecnologia para a agricultura. Assim, o sucesso alcançado pelas primeiras invenções, como a semeadeira, “encorajaram novas inovações como máquinas destinadas para a cultura do milho que arava, semeava e cobria em uma mesma operação e um ancinho¹⁷ para feno e grãos, ambos tracionados por animais”.¹⁸

Por outro lado, é preciso dizer que o progresso não era uniforme. Ou seja, ainda havia uma abundância de arados de madeira em uso na Inglaterra de 1850. Os pequenos agricultores não tinham acesso às novas tecnologias e, por consequência, sem condições de investirem nas mesmas, passavam a apenas observar as novas tecnologias, como os destorroados/trituradores de torrão, semeadeiras, máquina de colher, máquinas de debulhar a vapor, tratores a vapor, entre outros, que gradativamente se concentravam nas mãos de grandes proprietários de terras, com capacidade de investimento.¹⁹ A solução do problema, nas palavras de Habermas “só surge com a produção de um excedente, isto é, o problema de distribuir de modo desigual e, no entanto, legítimo, a riqueza e o trabalho[...]”.²⁰

Com o passar dos séculos, passa a existir a necessidade de uma nova matriz de produção a ser alcançada, seja pela necessidade de mão de obra para as indústrias, seja pelo crescimento populacional urbano assentando nas possibilidades de empregabilidade na indústria e pelo avanço tecnológico decorrente da segunda revolução industrial com a motorização dos diversos tipos de processos agrícolas. No final do século XIX e início do século XX, tais progressos nas técnicas impulsionaram os processos no uso de adubos minerais e produtos químicos visando o tratamento sanitário vegetal e animal, trazendo o melhoramento genético, estabelecendo para o setor agrícola, cadeias produtivas semelhantes aos processos industriais com a especialização dos estabelecimentos agrícolas

¹⁶ FONSECA, Maria da Graça Derengowski. **Concorrência e Progresso técnico na indústria de máquinas para agricultura: Um estudo sobre trajetórias tecnológicas.** 1990, Tese. 268 f. (Doutorado em Economia), Programa de Pós graduação do Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, 1990, p. 54.

¹⁷ Instrumento agrícola em forma de pente, usado para limpar ou aplanar terras agrícolas ou ajardinadas. In: **Dicionário Aurélio.**

¹⁸ VIAN, Carlos Eduardo de Freitas; ANDRADE JÚNIOR, Adilson Martins. **Evolução Histórica da Indústria de Máquinas Agrícolas no Mundo: Origens e tendências.** In: 48º Congresso da Sociedade Brasileira de Economia, Administração e Sociologia Rural. 25 a 28 de julho de 2010. Campo Grande. **Anais ... Campo Grande: 2010.**

¹⁹ DERRY, Thomas Kingston; WILLIAMS, Trevor Illtyd. **A Short History of Technology from the Earliest Times to A.D. 1900, Parte 1900.** New York: Oxford University Press, 1993, p. 671 - 690.

²⁰ HABERMAS, Jürgen. **Técnica e Ciência como "Ideologia".** Tradução de Artura Morão. Lisboa: Edições 70, 1968, p. 61.

onde havia as montantes – indústrias extrativistas, mecânicas e químicas, e as jusantes, que armazenavam, transformavam e comercializavam, resultando em uma grande mutação no sistema produtivo agrícola até então praticado, denominado posteriormente como a "segunda revolução agrícola".²¹

A Revolução Industrial trouxe o desenvolvimento de máquinas, equipamentos e novos meios de transporte para movimentação de mercadorias, incluindo a produção agrícola. Concomitantemente veio o êxodo rural, avultada pelos avanços tecnológicos e pelo êxodo das populações mais pobres que buscavam trabalho na área industrial e de serviços, visto que as terras de um modo geral se concentravam nas grandes propriedades e nas áreas mais férteis²², trazendo "[...] múltiplos e aparentemente intrincados problemas urbanos que haviam sido acentuados pelo chamado êxodo rural, realidade esta avultada na Revolução Industrial e responsável pela transformação das cidades".²³

No início do século XX havia uma grande preocupação com a segurança alimentar – entendida como maior disponibilidade de alimentos -, período em que já eram desenvolvidas pesquisas para melhorar a produtividade agrícola. Com essa preocupação começa a nascer o termo Revolução Verde, cunhado também em aspectos ideológicos, com a eclosão da guerra fria em 1947, com fins de conter revoltas nacionalistas por toda Ásia e América Latina, vulneráveis a ideologia comunista, levando a administração Truman²⁴, 33º presidente dos Estados Unidos da América criador da Doutrina que leva seu nome, a apoiar medidas que permitissem a segurança alimentar de países, inicialmente, como Filipinas e Índia.²⁵

Com esta linha de pensamento surge a Revolução Verde que intensifica o uso do solo e conseqüentemente o desenvolvimento da indústria química para potencializar a produção agrícola com o uso massivo de agrotóxicos.

Após a Segunda Guerra Mundial, as fundações Ford e Rockefeller, juntamente com o Banco Mundial foram encarregadas de sistematizar o processo de produção de alimentos pelo mundo, pois havia muita sobra de material militar, da indústria química e mecânica. Foi criado o GCPAI – Grupo Consultivo de

²¹ MAZOYER, Marcel; ROUDART, Laurence. *História das Agriculturas no Mundo: do neolítico à crise contemporânea*. Tradução de Cláudia F. Falluh Balduino Ferreira. Porto Alegre: Unesp, 2009, p. 46.

²² MAZOYER, Marcel; ROUDART, Laurence. *História das Agriculturas no Mundo: do neolítico à crise contemporânea*. Tradução de Cláudia F. Falluh Balduino Ferreira. Porto Alegre: Unesp, 2009, p. 46.

²³ MORAIS, Regis. *Filosofia da Ciência e da Tecnologia*. 8. ed. Campinas: Papirus, 2007, p. 134.

²⁴ TRUMAN Harry S. *White House - Presidents History & Grounds*, Washinton D.C., 02 de fev. 2016.

²⁵ MAGOC, Chris J.; BERNSTEI, David. *Imperialism and Expansionism in American History: A Social, Political, and Cultural Encyclopedia and Document Collection*. Santa Barbara: ABC-CLIO, 2014, p. 1100.

Pesquisa Internacional representando o somatório de centros de pesquisa e treinamento localizados em todo o mundo. Havia aí uma grande oportunidade de redirecionar os esforços no caminho do lucro para os grandes empresários da indústria bélica fornecedoras de material para a guerra, agora sem seu fim principal. Tudo isto foi então direcionado para o uso na agricultura, de forma a manter o controle americano, principalmente sobre as nações aliadas do pós-guerra, mas desta vez em nome do crescimento da tecnologia agrícola e da biotecnologia.²⁶

O problema da fome alastrava-se pelo mundo, aumentando as tensões sociais, o que poderia influenciar nos regimes adotados pelos países da Ásia e da América Central, áreas estas de influência dos Estados Unidos, causando riscos aos grandes capitais.²⁷

O contexto no pós-segunda grande guerra mundial obrigou a um cenário político-econômico nos países aliados, liderados pelo pensamento funcionalista norte-americano que rompia com modelo de produção tradicional e sua influência na economia deste setor. No Brasil, somado ao contexto mundial, a partir de 1964, passou a ser governado por uma estrutura militar que se aliou a este pensamento hegemônico de soluções o que acabou produzindo desdobramentos profundos na organização da produção agropecuária.²⁸

2 PRIMEIROS ALERTAS SOBRE OS EFEITOS DOS AGROTÓXICOS

O consumo de alimentos inseguros é uma importante causa de doenças humanas e mortalidade em todo o mundo, e o potencial para alimentos inseguros atravessarem fronteiras aumentou com o crescimento do comércio internacional, conhecidos como *commodities*.²⁹

Após o término da Segunda Guerra Mundial os princípios ativos dos defensivos foram usados de forma maciça como arma química. Por outro lado, sua utilização desde a Segunda Guerra Mundial se expandiu de forma exponencial mostrando toda sua potencialidade e capacidade de exterminar seres vivos, viabilizando a produção industrial a nível mundial com a produção de dois milhões de toneladas de por ano.³⁰

²⁶ ZAMBERLAN, Jurandir; FRONCHETI, Alceu. *Preservação do pequeno agricultor e o meio ambiente*. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 17.

²⁷ ROSA, Antonio Vitor. *Agricultura e Meio Ambiente - Série Meio Ambiente*. 7. ed. São Paulo: Atual, 2005, p. 19.

²⁸ MOREIRA, Roberto José. *Agricultura Familiar: processos sociais e competitividade*. Rio de Janeiro: MAUAD, 1999, p. 135.

²⁹ ERCSEY-RAVASZ, Mária et al. Complexity of the International Agro-Food Trade Network and Its Impact on Food Safety. *Plos One*, 31 may 2012.

³⁰ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Manual de Vigilância da Saúde de Populações Expostas a Agrotóxicos*. Brasília: Editora MS, 1997, p. 3.

Os agroquímicos nasceram como a grande saída para os muitos problemas enfrentados até então. Ainda nos anos 50, as populações, principalmente dos países mais ricos, começaram a perceber que os efeitos dos agroquímicos traziam consequências de difícil controle, que necessitavam de solução rápida sob pena de inviabilizarem algumas atividades, pois as pragas agrícolas já vinham criando resistência aos inseticidas, o que levava ao aumento das aplicações e a exigência de novos pesticidas, mais potentes, desta forma estes princípios ativos foram se acumulando nas cadeias alimentares, chegando ao homem.³¹ A síntese do DDT também ocorre neste período e deu origem a diversos tipos de pesticidas orgânicos e a substituição da força dos animais pela do trator e outras máquinas modernas.³²

Velasco e Capenema destacam negativamente o DDT (diclorodifeniltricloreto) denunciando que foi um dos produtos mais utilizado na Guerra e aclamado como um agroquímico universal, baseado em pesquisas com incentivo dos governos.³³ Para os autores, “é senso comum entre os especialistas que a Segunda Guerra Mundial foi um marco para o avanço técnico-científico no setor”.³⁴

Defensores do DDT diziam que o sucesso do mesmo na agricultura para o controle de pragas, insetos, doenças e predadores que ameaçavam a produtividade e as perdas em diversas culturas, também foi de grande valia, pois diminuía significativamente os prejuízos causados pela presença das ameaças desses predadores no nível de produção. Em especial os herbicidas diminuía a necessidade de tratamentos culturais constantes, pois atacavam as plantas daninhas reduzindo as operações de arar e gradear os solos cultivados.³⁵

O primeiro grande alerta de proporções mais globais veio com a obra “Primavera Silenciosa” de Raquel Carson, em 1962, revelando o lado obscuro do uso abusivo de agroquímicos ao argumentar que o pacote tecnológico teve grande influência das indústrias químicas e seus resultados financeiros, escrevendo:

Tudo isso veio a ocorrer devido à súbita ascensão e ao assombroso crescimento de uma indústria de produção de substâncias químicas artificiais ou sintéticas com propriedades inseticidas. Essa indústria é um dos frutos da Segunda Guerra Mundial. Durante o desenvolvimento de agentes para

³¹ VELASCO, Luciano Otávio Marques de; CAPANEMA, Luciana Xavier de Lemos. O Setor de Agroquímicos. **BNDES Setorial**, Rio de Janeiro, p. 74-75, 2006.

³² JAIN, Hari Krishan. **Green Revolution: History, Impact and Future**. Houston: Studium Press LLC, 2010, p. 10.

³³ VELASCO, Luciano Otávio Marques de; CAPANEMA, Luciana Xavier de Lemos. O Setor de Agroquímicos. **BNDES Setorial**, Rio de Janeiro, p. 75-76, 2006.

³⁴ VELASCO, Luciano Otávio Marques de; CAPANEMA, Luciana Xavier de Lemos. O Setor de Agroquímicos. **BNDES Setorial**, Rio de Janeiro, p. 75-76, 2006.

³⁵ MARTINS, Paulo Roberto. **Trajetórias tecnológicas e meio ambiente: a indústria de agroquímicos/transgênicos no Brasil**. 2000, Tese. 338 f. (Doutorado em Ciências Sociais), Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, 2000, p. 20- 44.

serem usados na guerra química, descobriu-se que algumas substâncias químicas criadas em laboratório eram letais aos insetos. A descoberta não ocorreu por acaso: os insetos já vinham sendo amplamente usados para testar substâncias químicas como agentes letais para os seres humanos.³⁶

No conceito de alguns autores, como Pacífico, o pacote tecnológico é na verdade “um conjunto de insumos exógenos, tais como sementes, fertilizantes, agrotóxicos, implementos agrícolas, etc., interligados por funções complementares”.³⁷

O termo Revolução Verde surgiu em 1970, segundo alguns autores, como Gonçalves, que coloca que a “[...] a Revolução Verde surgiu contra a Revolução Vermelha que, nos anos 50, teve enorme presença no imaginário. [...] Contra a solução dos Vermelhos propôs-se, então, a Revolução Verde”³⁸, transformando a questão social como uma questão técnica. A definição de “*Green Revolution*”, cunhada por Willian Gaude, surgiu em resposta à revolução tecnológica objetivando aumentar significativamente a produtividade agrícola.³⁹

Borlaug, em sua palestra, por ocasião do recebimento do Prêmio Nobel da Paz de 1970 em Oslo na Noruega, defende o modelo da Revolução Verde enfatizando a necessidade de produzir alimentos para eliminar a fome, relacionando paz, justiça e o cultivo, ressaltando que “Casi ciertamente, sin embargo, el primer componente esencial de la justicia social es una alimentación adecuada para toda la humanidad. El alimento es un derecho moral para todos los que vienen mundo.” E arremata dizendo que “si deseas la paz, cultiva la justicia, pero al mismo tiempo cultiva los campos para producir más pan; de otra manera no habrá paz.”⁴⁰

Com a Revolução Verde, estabeleceu-se uma concorrência global, tendo como característica a produção em escala e uniformidade de produtos comercializados, lógica que ficou aplicada na industrialização no agronegócio, estabelecendo um ciclo de produção de proteínas vegetais transformada em proteína animal, ficando conhecida como a dieta fordista.⁴¹

³⁶ CARSON, Rachel. *Primavera Silenciosa*. São Paulo: Gaya, 2011, p. 34.

³⁷ PACÍFICO, Daniela A. História da modernização da Agricultura: um conto de muitas facetas. In: SOGLIO, Fábio Dal; KUBO, Rumi Regina (Org.). *Agricultura e Sustentabilidade*. Porto Alegre: UFRGS Editora, 2009, p. 35.

³⁸ GONÇALVES, Carlos Walter P. Meio ambiente ciência e poder: diálogo de diferentes matrizes de racionalidade. In: SORRENTINO, Marcos (Coord.). *Ambientalismo e participação na contemporaneidade*. São Paulo: FAPESP, 2002, p. 152.

³⁹ JAIN, Hari Krishan. *Green Revolution: History, Impact and Future*. Houston: Studium Press LLC, 2010, p. 11.

⁴⁰ BORLAUG, Norman E. La revolución verde, paz e humanidade. *Serie reimpressos y traducciones CIMMYT*. México, n. 2, p. 14. Enero. jan. 1972.

⁴¹ BELIK, Walter. Reestruturação do sistema agroalimentar: questões metodológicas e de pesquisa. In: MALUF, Renato Sérgio; WILKINSON, John (Org.). *Políticas setoriais para o setor agroalimentar no Brasil: aspectos conceituais e evidências empíricas*. Rio de Janeiro: MAUAD, 1999, p. 189.

Carson, em sua obra, no capítulo 3, sob o título de o Elixir da morte, expõe a presença perniciosa dos pesticidas, em todos os seres vivos, expostos direta ou indiretamente, indicando que os mesmos podem ficar alojados por décadas, em especial nos tecidos do corpo humano, dizendo que “Por primera vez en la historia del mundo, todo ser humano se halla ahora sometido al contacto con sustancias químicas peligrosas, desde su nacimiento hasta su muerte.”⁴² Após este evento diversos cientistas passaram a divulgar pesquisas revelando os malefícios à saúde do uso de agroquímicos. Preocupada a FAO, em 1992, editou um Código Internacional de Conduta para uso, aplicação, manipulação e controle de agrotóxicos, visando evitar problemas de saúde e contaminação ambiental.⁴³

Após meio século do início das discussões e questionamentos sobre as consequências e repercussões do uso massivo de agrotóxicos, ainda se discutem basicamente as mesmas questões acrescentadas das preocupações com os avanços da biotecnologia que exige o uso “combinado” de determinados produtos do mesmo fabricante, ficando a agricultura e países dependentes de tecnologias patenteadas e com custos elevados às suas economias. No Brasil, atualmente o maior consumidor mundial de agrotóxicos, questiona-se o posicionamento em relação a sua produção, pois ocupa o terceiro lugar no mercado mundial, dos principais grãos da “Revolução Verde”.

3 O USO DE AGROTÓXICOS NO BRASIL

O aumento da demanda de alimentos trouxe consigo a necessidade da expansão da produção agrícola, pois enquanto a população crescia a taxas geométricas, a produção a taxas aritméticas⁴⁴, preocupação já expressada pela teoria malthusiana em 1798.⁴⁵ Como já referenciado, nos anos 50, ocorreu a busca de alternativas baseadas na utilização intensiva e expansão das áreas cultiváveis, ocorrendo as grandes transformações na agricultura mundial com o uso de fertilizantes, sementes e agrotóxicos.⁴⁶

⁴² CARSON, Rachel. *Primavera Silenciosa*. Tradução de Joandoméneq Ros. Barcelona: Critica, 2010, p. 15-16.

⁴³ FOOD AN AGRICULTURE ORGANIZATION OF UNITED NATIONS. *Guidelines for the establishment, operation and management of cereal banks*. Rome: FAO, v. 87, 1992, p. 23.

⁴⁴ MALTHUS, Thomas Robert. *An Essay on the Principle of Population*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 4.

⁴⁵ MALTHUS, Thomas Robert. *An Essay on the Principle of Population*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 4.

⁴⁶ SEPULCRI, Odílio; PAULA, Nilson de. A Evolução da Agricultura e seus reflexos na EMATER. 2º Prêmio Extensão Rural - Instituto Paranaense de Assistência Técnica e Extensão Rural - EMATER, Curitiba, p. 3-4, 2006.

Assim como no mundo, o grande desafio brasileiro do pós-guerra era de atender à crescente demanda por alimentos e outros produtos agrícolas de exportação. No início da década de 1960, o setor agrícola brasileiro inicia um processo de modernização embalado pela então chamada Revolução Verde. Surgem neste período, com a modernização da agricultura, novos objetivos e formas de exploração em harmonia com os planos internacionais, originando transformações no setor agropastoril, que se transformava em agronegócio, uma agricultura de especialização, baseada nos métodos industriais.⁴⁷

Desta forma o Brasil, em meados da década de 1960, assim como a os países sul americanos, se engajava nos princípios da produtividade com alto consumo de insumos agrícolas, uso de variedades de alto rendimento melhoradas geneticamente, da irrigação e da mecanização.⁴⁸

Na década de 70, os produtores rurais brasileiros para terem financiamento aprovado por bancos oficiais do governo, precisavam adicionar à compra determinada cota de agrotóxicos para uso em suas lavouras, ficando claro a criação de uma cultura altamente dependente do uso de insumos estrangeiros, pois os princípios ativos são todos estrangeiros oriundos de não mais do que cinco grandes empresas, que também já dominam a manipulação genética criando plantas que produzem seu próprio inseticida e são resistentes a determinados tipos de agrotóxicos todos da mesma empresa, obrigando claramente ao uso “casado” para obtenção de produtividade nos campos. Alguns sindicatos transformam os insumos em moeda cereal ou seja, “x” sacas de soja ou milho eram necessárias para compra de insumos (adubos, agrotóxicos, sementes). A quantidade de sacos de grãos pagos na compra de insumos aumentava com o decorrer dos anos, deixando claro uma transferência de renda do setor agrícola para os grandes capitais estrangeiros.⁴⁹

Com essa obrigatoriedade, houve um aumento expressivo no uso e disseminação de agrotóxicos, inclusive com instalação de empresas multinacionais de grande porte no país. O plano governamental denominado Plano Nacional de Desenvolvimento (PND) “cuidou da abertura do Brasil ao comércio internacional desses produtos” provocando “um verdadeiro boom na utilização de agrotóxicos no trabalho rural”.⁵⁰

A comercialização de agrotóxicos está vinculada a receita agrônômica, sendo esta uma exigência legal. O receituário tornou-se obrigatório desde 11 de julho de 1989, data da publicação da Lei Federal nº 7.802. Esta receita deve ser emitida por engenheiros agrônomos ou florestais habilitados para tal

⁴⁷ BALSAN, Rosane. Impactos decorrentes da Modernização da Agricultura Brasileira. *Revista de Geografia Agrária*. Rio Grande, v. 1, n. 2, p. 124-125. ago. 2006.

⁴⁸ BALSAN, Rosane. Impactos decorrentes da Modernização da Agricultura Brasileira. *Revista de Geografia Agrária*. Rio Grande, v. 1, n. 2, p. 146. ago. 2006.

⁴⁹ ROCHA, Carla; VASCONCELLOS, Fabio; DAMASCENO, Natanael. A silenciosa praga das lavouras no estado do Rio - Regiões agrícolas com forte uso de agrotóxicos têm mais suicídios e mortes por câncer. *O Globo*, Rio de Janeiro, 03 jun. 2012.

⁵⁰ SILVA, Jandira Maciel da et al. Agrotóxico e trabalho: uma combinação perigosa para a saúde do trabalhador rural. *Ciência & Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, Oct./Dec. 2005.

finalidade. O receituário agrônomo tem como fundamentos básicos a “busca da origem do problema fitossanitário”, exigir que o técnico agrônomo prescreva a utilização de agrotóxicos e que assuma a “responsabilidade profissional em toda a sua amplitude, envolvendo características técnicas e éticas, através do instrumento final de todo processo desenvolvido que é a receita agrônoma”.⁵¹

Segundo a definição do Decreto Lei nº 4.047, art. 1º, IV, no Brasil os agrotóxicos são:

Art. 1º [...]

[...]

IV. Produtos e agentes de processos físicos, químicos ou biológicos, destinados ao uso nos setores de produção, no armazenamento e beneficiamento de produtos agrícolas, nas pastagens, na proteção de florestas, nativas ou plantadas, e de outros ecossistemas e de ambientes urbanos, hídricos e industriais, cuja finalidade seja alterar a composição da flora ou da fauna, a fim de preservá-las da ação danosa de seres vivos considerados nocivos, bem como as substâncias e produtos empregados como desfolhantes, dessecantes, estimuladores e inibidores de crescimento.⁵²

Os resíduos químicos dos agrotóxicos que persistem no solo se deslocam de forma horizontal e vertical provocando a contaminando rios, lagos, mananciais subterrâneos e oceanos. Os agrotóxicos eliminam além das pragas, organismos úteis, animais e vegetais, causando a redução da biodiversidade e implicando em uma maior instabilidade dos Ecossistemas, levando a necessidade de utilizar quantidades cada vez maiores de pesticidas, resultado da resistência das pragas a esses insumos e eliminação dos inimigos naturais das pragas combatidas.⁵³

No último relatório da ANVISA, há um expressivo número de agrotóxicos utilizados nas amostras pesquisadas que já são proibidos no Brasil.⁵⁴ Segundo Vaz, a pirataria de agrotóxico é prática comum no Brasil, principalmente em Estados do sul do Brasil, mas com tendência de atingir todo o país. São produtos oriundos de contrabando, furto, roubo e falsificação, vendidos pela sua origem sem qualquer controle oficial ou mesmo sem o receituário agrônomo. Vaz cita

⁵¹ ALENCAR, José Adalberto de. Normas de uso de defensivos. *Embrapa - Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária*, Brasília, v. 1, ago. 2010.

⁵² BRASIL, Presidência da República. **Decreto nº 4.074, de 4 de janeiro de 2002.**

⁵³ RIO GRANDE DO SUL. Secretaria Estadual de Saúde. **Agrotóxicos - Impactos à saúde e ao ambiente.** Porto Alegre, 2005.

⁵⁴ PROGRAMA de Análise de Programa de Análise de Alimentos (PARA) - Relatório complementar relativo a segunda Etapa das análises de amostras coletadas em 2012. **ANVISA**, Brasília, 2014.

que um dos facilitadores é a dicotomia das legislações sul-americanas que tratam do assunto de forma diferenciada. Soma-se ao exposto, o menor custo destes produtos em países estrangeiro em relação a similares nacionais, que chegam, em alguns casos, a 300% no diferencial de custos.⁵⁵

Um terço dos alimentos consumidos rotineiramente no Brasil está contaminado por agrotóxicos. Segundo análise de amostras coletadas em todos os 26 Estados do Brasil, realizada pelo Programa de Análise de Resíduos de Agrotóxicos em Alimentos (PARA) da Anvisa, 64% das amostras analisadas apresentaram contaminação por agrotóxicos, sendo que 28% apresentaram IAs (Ingredientes Ativos) não autorizados (NAs) para aquele cultivo e/ou ultrapassaram os limites máximos de resíduos (LMRs) considerados aceitáveis. Outros 35% apresentaram contaminação por agrotóxicos, porém dentro desses limites. As vendas neste segmento de agrotóxico aumentaram 288% entre 2000 e 2012, faturando em 2014 o valor expressivo de US\$12 bilhões. Como resultado deste quadro de alto consumo foi registrado 34.147 notificações de intoxicação por agrotóxico no período de 2007 a 2014.⁵⁶

Na pesquisa realizada não foi pesquisado um dos principais herbicidas utilizados na agricultura que é o glifosato. Segundo a ABRASCO os dados acima ainda não refletem claramente as dimensões do problema, seja em função de haver “muita incerteza científica embutida na definição de tais limites” ou porque “os 37% de amostras sem resíduos se referem aos IAs pesquisados (235 em 2010), o que não permite afirmar a ausência dos demais (cerca de quatrocentos), inclusive do glifosato, largamente utilizado (40% das vendas) e não pesquisado no PARA.⁵⁷

Segundo a ANVISA, os agrotóxicos podem agir de dois modos diferentes nas plantas. Os sistêmicos, que ao entrarem em contato circulam através da seiva por toda malha dos tecidos vegetais, distribuindo-se de modo uniforme e ampliando o seu tempo de ação. Os de contato, que agem externamente nos vegetais, embora penetrem, em parte, através da porosidade dos tecidos, também são absorvidos pelas plantas, porém necessitam entrar em contato com o alvo biológico. Logo, mesmo lavando os vegetais não serão removidos todos os resíduos dos pesticidas utilizados. Uma lavagem dos alimentos em água corrente só poderia remover parte dos resíduos de agrotóxicos presentes na superfície dos mesmos. Nos dois casos, os resíduos de agrotóxicos serão levados à mesa do consumidor.⁵⁸

⁵⁵ VAZ, Paulo Afonso Brum. Crimes de Agrotóxicos. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; QUADROS DA SILVA, Fernando (Org.). **Crimes Ambientais: Estudos em homenagem ao Des. Vladimir Passos de Freitas**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 397.

⁵⁶ BRASIL, Câmara dos Deputados. **Requerimento de Audiência Pública nº de 2015**: Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural.

⁵⁷ ABRASCO. **Dossiê ABRASCO - um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos**. São Paulo: Expressão Popular, 2015, p. 15.

⁵⁸ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). **Esclareça suas dúvidas sobre agrotóxicos em alimentos**. Brasília, 2015.

Mesmo sendo o maior consumidor mundial de agrotóxicos, o Brasil continua sem um sistema de informações que monitore o consumo de agrotóxicos no país e seus impactos na saúde pública. Na prática, se desconhecem as prescrições através do Receituário Agrônômico (RA), nem a venda oficial no comércio agropecuário ou mesmo as vendas informais de produtos não autorizados advindo de países vizinhos, vindos através dos crimes de descaminhos, colocando o País como uma espécie de refém dos interesses da indústria. Além do exposto, deve-se ainda levar em conta que não há um monitoramento eficaz nem do uso, nem dos resíduos em alimentos.⁵⁹

4 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE AGROTÓXICOS E O DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO

A legislação brasileira, até a Constituição de 1988, tratava o grupo de produtos químicos utilizados na agricultura como defensivos agrícolas, denominação que, pela sua própria acepção, excluía todos os itens, de mesma origem, utilizados nas campanhas sanitárias urbanas.⁶⁰ Segundo a matéria do informativo CRQ III, a definição do termo anterior carregava um significado incorreto, “carrega uma conotação errônea de que as plantas são completamente vulneráveis a pragas e doenças, e esconde os efeitos negativos à saúde humana e ao meio ambiente”. Os especialistas ainda afirmam que “o termo agrotóxico é mais ético, honesto e esclarecedor, tanto para os agricultores como para os consumidores”⁶¹

Desta forma, a Legislação brasileira adotou de forma definitiva um termo mais adequado a partir da Lei n. 7.802/89 e Decretos n. 98.816/90 e n. 4074/2002 quando passa a entender agrotóxicos como:

[...]as substâncias, ou mistura de substâncias, de natureza química quando destinadas a prevenir, destruir ou repelir, direta ou indiretamente, qualquer forma de agente patogênico ou de vida animal ou vegetal, que seja nociva às plantas e animais úteis, seus produtos e subprodutos e ao homem.⁶²

⁵⁹ FARIA, Neice Müller Xavier. Modelo de desenvolvimento, agrotóxicos e saúde: prioridades para uma agenda de pesquisa e ação. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*. v. 37, n. 125, Jan./Jun. 2012.

⁶⁰ PERES, Frederico; GAETAN, Josino Moreira; DUBOIS, Sege. Agrotóxicos, saúde e ambiente: uma introdução ao tema, São Paulo, 2010.

⁶¹ CONSELHO REGIONAL DE QUIMICA. *Agrotóxicos*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1997, p. 3.

⁶² BRASIL, Presidência da República. *Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989*.

A Lei dos Agrotóxicos, a partir de sua criação e com sua atualização por diversos decretos tinha como objetivo fundante incorporar as inovações em torno do tema, regulamentando desde a pesquisa e fabricação dos agrotóxicos até sua comercialização, aplicação, controle, fiscalização, bem como o destino da embalagem colocando a obrigatoriedade do receituário agrônomo para que a venda desses produtos aconteça de forma segura. Também na legislação brasileira estão previstos os registros em diversos órgãos governamentais, entre eles a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA, Ministério da Saúde, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, que através de empresas e institutos (EMBRAPA – Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária, Instituto Fiocruz, como alguns exemplos), que cuidam de diferentes áreas buscando o bem estar dos seres vivos.⁶³

Por outro lado, sob alegação de prejudicar os produtos brasileiros no exterior, há uma proposta de trocar a nomenclatura “Agrotóxico” por um nome de menos impacto junto ao consumidor brasileiro, como trata o Projeto de Lei nº 680⁶⁴. Na justificativa do Projeto de Lei, Dias argumenta que o uso de agrotóxicos é comum entre agricultores do mundo todo, mas que na maioria dos países o termo “agrotóxico” não é utilizado, no seu lugar utilizam o termo como “plaguicida e pesticida”. Por essa razão, Dias indica a mudança na terminologia indicando a substituição por nomes como agroquímicos, produtos fitossanitários, pesticidas, praguicidas, defensivos agrícolas, entre outros. Tal proposta encontrou amparo na Representação Brasileira no Parlamento do MERCOSUL, através da Parecer de 22 de março de 2016, no qual seus membros aprovam por unanimidade a substituição a expressão de uso *vernacular* por outra de uso comum entre os países que compõe a aliança econômica, padronizando a expressão “Produto Fitossanitário”.⁶⁵ Tal Projeto de Lei⁶⁶ foi retirado pelo autor em 23 de março de 2016, após ser submetido à consulta popular quando os votantes contra foram 2771 e a favor 25.⁶⁷

Ainda em tramitação, o Projeto de Lei nº 3.200 propõe uma nova Lei, dispondo que a nomenclatura “Defensivos Fitossanitários” predomina no mundo. Em sua justificativa, o referido projeto indica que “a Lei de Agrotóxicos deve ser repensada e reformulada para atender aos anseios da sociedade”.⁶⁸

⁶³ ARAÚJO, Giovanni Moraes de. *Regulamentação do transporte terrestre de produtos: manual de MOPP*. 2. ed. Rio de Janeiro: Gerencimento Verde, v. 2, 2007, p. 99.

⁶⁴ DIAS, Álvaro. *Projeto de Lei do Senado nº 680 13 de outubro de 2015*.

⁶⁵ BRASIL, Senado Federal. *Parecer de 22 de março de 2016*. Brasília, 2016.

⁶⁶ BRASIL, Senado Federal. *Requerimento nº 230 de 30 de março de 2016*. Brasília, 2016.

⁶⁷ BRASIL, Senado Federal. *e-Cidadania. Consulta Pública - Projeto de Lei do Senado - PLS 680/2015 de 13/10/2015*. Brasília, 2016.

⁶⁸ COVATTI, Luis Antonio Franciscatto. *Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 3.200 de 2015*.

O *caput* do art. 2º já incorpora a alteração prevista ao indicar que: “A Política Nacional de Defensivos Fitossanitários e de Produtos de Controle Ambiental, seus Componentes e Afins fundamenta-se nos seguintes pressupostos”. Em relação ao consumidor, o inciso XV do art. 2º assim dispõe: “oferecimento aos consumidores de produtos seguros e de elevada qualidade provenientes”.

Segundo o IDEC, o Projeto de Lei causa apreensão “[...] porque mais uma vez, no âmbito legislativo, se tenta criar um universo lúdico semântico e de normas legais que podem potencialmente mascarar os perigos presentes nos agrotóxicos ao cidadão comum”, perigos estes já constatados por pesquisas científicas, órgãos fiscalizadores, secretárias de saúde e provavelmente pelas indústrias produtoras.⁶⁹ O projeto de Lei ainda discute a agilização do processo de avaliação dos novos produtos, para isso o art. 6º propõe a criando uma Comissão Técnica Nacional de Fitossanitários (CNTFio), como “instância colegiada multidisciplinar de caráter consultivo e deliberativo, com a finalidade de apresentar pareceres técnicos conclusivos aos pedidos de avaliação de novos produtos defensivos fitossanitários, de controle ambiental, seus produtos técnicos e afins”. O CNTFio entraria em substituição a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

A ANVISA, segundo Rossi, desde 2008 iniciou a reavaliação de 14 agrotóxicos suspeitos de apresentar riscos à saúde. Esta reavaliação ainda está em andamento. Rossi crítica a demora dizendo que “estamos em 2016 e no Brasil ainda se consomem frutas, verduras e legumes que cresceram sob os borrifos de pesticidas que lá fora já foram banidos há anos”.⁷⁰

No contexto legal brasileiro, os agrotóxicos, apartando-se outras incidências legais acessórias, estão submetidos ao regime jurídico pentagonal, no qual se tem cinco leis principais incidindo sobre o tema,⁷¹ conferindo uma série de responsabilidades de inúmeros órgãos em seu controle, para garantia da segurança em seu uso, sem afetar o ecossistema e a vida saudável da população. Neste sentido, podem ser citados: i] Código Civil brasileiro que trata dos direitos de vizinhança e responsabilidade civil objetiva; ii] a Lei 6.938/81⁷², com alterações dadas pelas Leis nº 8.028, de 1990, nº 7.804, de 1989, nº 9.966, de 2000, nº 11.105, de 2005, nº 11.284, de 2006, Lei nº 12.651, de 2012, iii] Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011, como norma geral do regime jurídico-ambiental, aplicável a tudo aquilo que não for disciplinado, de maneira explícita, na legislação específica; iv] a Lei 7.802/89 estatui o regime jurídico

⁶⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (IDEC). *Agrotóxicos. Mais um projeto polêmico na Câmara*. Brasília, 2016.

⁷⁰ ROSSI, Marina. *Agrotóxicos: o veneno que o Brasil ainda te incentiva a consumir - Brasil permite uso de pesticidas proibidos em outros países e exonera os impostos dessas substâncias*. *El País - Brasil*, Brasília, 10 abr. 2016.

⁷¹ CYSNE, Mauricio; AMADOR, Teresa. *Direito do ambiente e redação normativa: teoria e prática nos países lusófonos*. Siegburg/Alemanha: Daemisch Mohr, 2000, p. 68.

⁷² BRASIL, Presidência da República. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*.

próprio e especial que comanda a matéria dos agrotóxicos, com alterações em sua redação por diversas outras Leis e decretos, como forma de modernização; v] Lei de crimes ambientais; vi] Código de Defesa do Consumidor aplicável quando caracterizada a relação jurídica de consumo e o debate sobre o direito à informação de que ingredientes estão presentes na alimentação do consumidor brasileiro.⁷³

Na sequência são apresentadas 3 tabelas para mostrar a legislação brasileira sobre agrotóxicos. Para facilitar o entendimento da legislação brasileira sobre agrotóxicos, optou-se por dividir em quatro tabelas: Leis, Decretos, Portarias e, por fim, Atos, Instruções normativas. Na Tabela 1 é apresentada uma síntese das leis.

Tabela 1 – Legislação Brasileira sobre agrotóxicos (Leis)

(continua)

Ato / Número / Data	Ementa
Lei nº 7.802, de 11/07/1989 ¹	Dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. Alterado pela Lei nº 9.974, de 06/06/2000, Regulamentada pelo Decreto nº 4.074, de 04/01/2002.
Lei nº 9.974, de 06/06/2000	Altera a Lei no 7.802, de 11 de julho de 1989, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências.
Lei nº 9.294, de 15/07/1996	Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas , nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. Regulamentada pelo Decreto de 2.018 de 1996

⁷³ CYSNE, Mauricio; AMADOR, Teresa. *Direito do ambiente e redação normativa: teoria e prática nos países lusófonos*. Siegburg/Alemanha: Daemisch Mohr, 2000, p. 68.

(continuação)

Ato / Número / Data	Ementa
Lei nº 9.605, de 12/02/1998	Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.
Lei nº 9.784, de 29/01/1999	Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Fonte: Dados compilados pelos autores

Dentro da normativa específica que regula os agrotóxicos, diversos Decretos procuraram aprimorar a Lei vigente, por ser ato de competência do executivo da União, dos Estados, Distrito Federal e dos municípios concorrentes para legislar. Desta forma, as regulamentações das leis infraconstitucionais são implementadas através de decretos com forma e generalidade semelhante às leis, mas com conteúdo distinto.⁷⁴

Tabela 2 – Legislação Brasileira sobre agrotóxicos (Decretos)

(continua)

Ato / Número / Data	Ementa
Decreto nº 98.816, de 11/01/1990	Regulamenta a Lei nº 7.802, de 1989, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. Revogado pelo Decreto nº 4.074, de 2002
Decreto nº 2.018, de 1º/10/1996	Regulamenta a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição.

⁷⁴ FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 6. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 277.

(continuação)

Ato / Número / Data	Ementa
Decreto nº 4.074, de 04/01/2002	Regulamenta a Lei no 7.802, de 11 de julho de 1989, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. Nova redação com revogação de dispositivos dada pelo Decreto nº 5.549, de 22/09/2005, Nova redação com revogação de dispositivos dada pelo Decreto nº 5.981, de 06/12/2006, Acrescidos dispositivos Decreto nº 6.913, de 23/07/2009
Decreto nº 5.549, de 22/09/2005	Dá nova redação e revoga dispositivos do Decreto no 4.074, de 4 de janeiro de 2002, que regulamenta a Lei no 7.802, de 11 de julho de 1989, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins.
Decreto nº 5.981, de 06/12/2006	Dá nova redação e inclui dispositivos ao Decreto no 4.074, de 4 de janeiro de 2002, que regulamenta a Lei no 7.802, de 11 de julho de 1989, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins.
Decreto nº 6.913, de 23/07/2009	Acresce dispositivos ao Decreto no 4.074, de 4 de janeiro de 2002, que regulamenta a Lei no 7.802, de 11 de julho de 1989, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins.

Fonte: Dados compilados pelos autores.

Além do exposto, observa-se também uma série de Portarias, atos baixados por Ministros de Estado, tendo como finalidade implementar as normas já existentes, mas não detalhadas em decretos disciplinando determinadas rotinas em órgãos, nos limites da Lei e dentro da norma regulamentadora.⁷⁵ A Tabela 3 procura resumir as principais Portarias e atos sobre Agrotóxicos no Brasil.

⁷⁵ FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 6. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 277.

Tabela 3 – Legislação Brasileira sobre agrotóxicos (Portarias)

Ato / Número / Data	Ementa
Portaria Normativa nº 131, de 3 de novembro de 1997	Estabelece os procedimentos a serem adotados pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Renováveis - IBAMA, para efeito de registro e avaliação ambiental de agentes biológicos a serem empregados no controle de uma população ou de atividades biológicas de um outro organismo vivo considerado nocivo, visando a defesa fitossanitária.
Portaria nº 121, de 9 de outubro de 1997	Considera que o uso de produtos semioquímicos (feromônio, alomônio e cairomônio) é indispensável na adoção de práticas de manejo integrado de pragas na agricultura reduzindo o consumo de agrotóxicos.
Portaria nº 120 de 1º de outubro de 1997	Considera que as culturas hortícolas, frutíferas e ornamentais são economicamente importantes para várias regiões agrícolas brasileiras.
Portaria nº 321 de 8 de agosto de 1997	Considera o interesse e a importância de atualizar as normas específicas referentes ao registro de produtos desinfestantes domissanitários.
Portaria nº 322, de 28 de julho de 1997	Considera o interesse e a importância de estabelecer normas específicas referentes ao registro de produtos destinados ao uso em jardinagem amadora;

Fonte: Dados compilados pelos autores.

A instrução normativa e os atos administrativos visam orientar servidores. De referir que os atos internos não produzem efeitos jurídicos e não atingem a esfera particular, portanto, não possuindo a necessidade de publicação obrigatória no órgão oficial, bastando a publicação interna com objetivo de atingir todos os seus destinatários (servidores públicos). As Instruções Normativas podem também ser revogadas a qualquer tempo, dependendo da conformidade do serviço ou mesmo conveniência da Administração, não gerando direito subjetivo. Se caso forem editados em desacordo com o direito, estas podem produzir consequências jurídicas passíveis do controle do judiciário.⁷⁶

⁷⁶ FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 6. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 273.

Tabela 4 – Legislação Brasileira sobre agrotóxicos (Atos, Instruções normativas)

(continua)

Ato / Número / Data	Ementa
Inst. Norm. nº 66, de 27/11/2006	Empresas Prestadoras de Serviços Fitossanitários - EPSF.
Inst. Norm. Conj. nº 2, de 23/01/2006	Registro de Agentes Biológicos de Controle.
Inst. Norm. Conj. nº 1, de 27/09/2006	Registro de Produtos Técnicos exclusivos para exportação.
Inst. Norm. Conj. nº 1, de 15/04/2008	Registro Emergências Quarentenárias, Fitossanitárias.
Inst. Norm. Conj. nº 2, de 20/06/2008	Impurezas relevantes para registro e pós registro.
Inst. Norm. nº 36, de 24/11/2009	Credenciamento e Fiscalização de Entidade de Pesquisa. (Já compilada com as modificações da IN nº 42/2011).
Inst. Norm. Conj. nº 1, de 23/02/2010	Registro para Culturas com Suporte Fitossanitário Insuficiente.
Inst. Norm. nº 51, de 04/11/2011	Importação de Agrotóxicos e Outros.
Ato nº 29, de 07/07/2011	Entendimentos sobre o registro de Agentes Biológicos de Controle.
Inst. Norm. nº 46, de 06/10/2011.	Regulamento Técnico de Orgânicos e lista de substâncias permitidas.
Inst. Norm. Conj. nº 1, de 24/05/2011	Registro de Produtos Fitossanitários para a Agricultura Orgânica.
Inst. Norm. Conj. nº 2, de 02/06/2011	Estabelece as especificações de referência de alguns produtos para AO.
Inst. Norm. SDA nº 42, DE 5/12/2011	Alterar os arts. 1º, 2º, 3º e 4º; incisos IV e V e §§ 2º e 3º, todos do art. 5º; inciso I do art. 11; inciso I do art. 14; arts. 18 e 19; inciso III do art. 25; incisos I e II do art. 26; arts. 27, 28 e 29; §§ 3º e 4º do art. 30, e arts. 31 e 32, da Instrução Normativa SDA nº 36, de 24 de novembro de 2009

(continuação)

Ato / Número / Data	Ementa
Ato nº 09, de 17/04/2012	Regras para os laudos de impurezas.
Inst. Norm. nº 5, de 02/04/2012	Tratamento sementes e mudas, exclusivamente para Exportação.
Resolução nº 4, de 26 de janeiro de 2016	Incorpora as Resoluções nº 52/15, 53/15, 54/15 e 55/15 do Grupo Mercado Comum do Mercosul ao ordenamento jurídico brasileiro.

Fonte: Dados compilados pelos autores

Neste breve compilado de Leis, Decretos, Instruções Normativas, Atos, Portarias e Resoluções, a preocupação presente foi a de colocar situações envolvendo as relações de consumo, como se pode observar na Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989 e, portanto, anterior à aprovação do Código de Defesa do Consumidor, fazendo a previsão do requerimento para cancelamento ou impugnação sobre registro de agrotóxicos:

Art. 5º Possuem legitimidade para requerer o cancelamento ou a impugnação, em nome próprio, do registro de agrotóxicos e afins, arguindo prejuízos ao meio ambiente, à saúde humana e dos animais:

[...]

III - entidades legalmente constituídas para defesa dos interesses difusos relacionados à proteção do consumidor, do meio ambiente e dos recursos naturais.

Muitos outros Projetos de Lei estão em estudo pelo legislador federal e estadual, buscando soluções para diminuir a dependência econômica, tecnológica e estratégica do Estado brasileiro frente a importância do agronegócio para economia nacional, bem como para minimizar os riscos para a saúde e meio ambiente. O uso descontrolado de agrotóxicos gera um grande passivo para as gerações futuras e para o sistema de saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a agricultura até o século XVIII pouco evoluiu em técnicas e equipamentos, aumentando a produção através do incremento de novas áreas de terras que aos poucos iam perdendo a fertilidade e, conseqüentemente, a produtividade, demandando então grandes extensões para pequenas produções que não bastavam para alimentar as novas cidades que vinham surgindo com base na industrialização. Desta realidade, surgiu uma agricultura mais profissionalizada baseada em equipamentos, o que acabou segregando os pequenos agricultores sem capacidade de investir, que empobrecidos se deslocavam para os conglomerados urbanos tornando-se mão de obra barata para as indústrias em franca expansão na revolução industrial a partir da modernização da máquina à vapor, que inspirou também a criação de novas técnicas e novos equipamentos para alavancar a produção de agrícola.

Das campanhas de guerra para os lares e agricultura, o DDT foi considerado um produto milagroso e espalhou-se pelo mundo, usado de forma indiscriminada, contaminando toda cadeia alimentar e ainda hoje presente em grande parte da humanidade mesmo depois de proibição de uso e fabricação. Assim como Raquel Carson, bióloga marinha, na obra Primavera Silenciosa, muitos denunciaram através de estudos que os agrotóxicos causavam inúmeras doenças e riscos para a saúde humana e para o meio ambiente. O Brasil, em 2009, através da Lei nº 11.936/09, proibiu a fabricação, a importação, a exportação, a manutenção em estoque, a comercialização e o uso do DDT. Para o uso agrícola, a proibição já datava de 1985, mas ainda haviam estoques deste produto para campanhas de saúde pública até 2009.

Por fim, pesquisa indicam que o uso de agrotóxico na agricultura e fruticultura afeta profundamente a saúde humana em sua totalidade. O uso do agrotóxico provoca diretamente doenças e distúrbios que levam a dor e sofrimento e, em muitos casos, a morte precoce. O agrotóxico também contamina todos os ecossistemas, base da vida no planeta. O sistema do Direito deve estar atento ao grande poder das indústrias multinacionais em impactar o meio ambiente e a saúde humana, sem responder pelos riscos e danos à saúde e ao meio ambiente. Esta conta poderá ser alta demais para as gerações presentes e futuras. Indica-se também que o consumidor deverá ter informações claras e precisas sobre os alimentos que consome e que agrotóxicos foram utilizados no processo de produção. Se o direito à Informação for respeitado, o consumidor poderá exercer o seu direito de escolha e assim ajudar a construir um mundo melhor e mais saudável para todos.

REFERÊNCIAS

ABRASCO. **Dossiê ABRASCO** - um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). **Esclareça suas dúvidas sobre agrotóxicos em alimentos**. Brasília, Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/dd74ce0041ebad7f9d8bbd3e2b7e7e4d/Perguntas+e+respostas.pdf?MOD=AJPERES>>. Acesso em: 02 dez. 2015.

ALENCAR, José Adalberto de. Normas de uso de defensivos. **Embrapa - Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária**, Brasília, v. 1, ago. 2010. Disponível em: <https://sistemasdeproducao.cnptia.embrapa.br/FontesHTML/Manga/CultivodaMangueira_2ed/defensivos.htm>. Acesso em: 05 fev. 2016.

ANDRADE, Carlos Henrique Vianna de. **História Ilustrada da Medicina na Antiguidade: A história da Medicina Antiga no seu contexto sociocultural**. São Paulo: Baraúna, 2012.

ARAÚJO, Giovanni Moraes de. **Regulamentação do transporte terrestre de produtos: manual de MOPP**. 2. ed. Rio de Janeiro: Gerencimento Verde, v. 2, 2007.

BALSAN, Rosane. Impactos decorrentes da Modernização da Agricultura Brasileira. **Revista de Geografia Agrária**. Rio Grande, v. 1, n. 2, p. 124-125. ago. 2006. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/campoterritorio/article/view/11787/8293>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

BELIK, Walter. Reestruturação do sistema agroalimentar: questões metodológicas e de pesquisa. In: MALUF, Renato Sérgio; WILKINSON, John (Org.). **Políticas setoriais para o setor agroalimentar no Brasil: aspectos conceituais e evidências empíricas**. Rio de Janeiro: MAUAD, 1999.

BORLAUG, Norman E. La revolución verde, paz e humanidade. **Serie reimpresos y traducciones CIMMYT**. México, n. 2, p. 14. Enero. jan. 1972.

_____, biography. **Encyclopédia Britannica**. Londres, 2016. Disponível em: <<http://www.britannica.com/biography/Norman-Borlaug>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 29 maio 2016.

_____, Presidência da República. **Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7802.htm>. Acesso em: 13 mar. 2016.

_____, Presidência da República. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016.

_____, Presidência da República. **Decreto nº 4.074, de 4 de janeiro de 2002**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=515>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

_____, Câmara dos Deputados. **Requerimento de Audiência Pública nº de 2015**: Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=20CD932C4BFCC925332E5CD83A72CB38.proposicoesWeb2?codteor=1337356&filename=REQ+80/2015+CAPADR>. Acesso em: 05 jan. 2015.

_____, Senado Federal. e-Cidadania. **Consulta Pública - Projeto de Lei do Senado - PLS 680/2015 de 13/10/2015**. Brasília, 2016. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaotexto?id=180985>>. Acesso em: 05 maio 2016.

_____, Senado Federal. **Parecer de 22 de março de 2016**. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1432218&filename=Parecer-MERCOSUL-03-02-2016>. Acesso em: 25 mar. 2016.

_____, Senado Federal. **Requerimento nº 230 de 30 de março de 2016**. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=31/03/2016&paginaDireta=00170>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. São Paulo: Gaya, 2011.

CYSNE, Mauricio; AMADOR, Teresa. **Direito do ambiente e redação normativa: teoria e prática nos países lusófonos.** Siegburg/Alemanha: Daemisch Mohr, 2000, p. 68.

CONSELHO REGIONAL DE QUIMICA. **Agrotóxicos.** Rio de Janeiro: [s.n.], 1997.

COVATTI, Luis Antonio Franciscatto. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 3.200 de 2015.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A3907BED9286AB2448B896FA572315C3.proposicoesWeb2?codteor=1412079&filename=PL+3200/2015>. Acesso em: 03 mar. 2016.

DERRY, Thomas Kingston; WILLIAMS, Trevor Illtyd. **A Short History of Technology from the Earliest Times to A.D. 1900, Parte 1900.** New York: Oxford University Press, 1993, p. 671 - 690.

DIAS, Álvaro. **Projeto de Lei do Senado nº 680 13 de outubro de 2015.** Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getTexto.asp?t=180985>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

DOBERSTEIN, Arnaldo Walter. **O Egito Antigo.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

ERCSEY-RAVASZ, Mária et al. Complexity of the International Agro-Food Trade Network and Its Impact on Food Safety. **Plos One** , 31 may 2012.

FARIA, Neice Müller Xavier. Modelo de desenvolvimento, agrotóxicos e saúde: prioridades para uma agenda de pesquisa e ação. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional.** v. 37, n. 125, Jan./Jun. 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0303-76572012000100005>>. Acesso em: 03 jan. 2016.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo.** 6. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FITZGERALD-MOORE, Peter; PARAI, Brian J. The Grenn Revolution. **People - University of Calgary.** Almada, p. 1. 1996.

FONSECA, Maria da Graça Derengowski. **Concorrência e Progresso técnico na indústria de máquinas para agricultura: Um estudo sobre trajetórias tecnológicas.** 1990, Tese. 268 f. (Doutorado em Economia), Programa de Pós graduação do Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, 1990.

FOOD AN AGRICULTURE ORGANIZATION OF UNITED NATIONS. **Guidelines for the establishment, operation and management of cereal banks.** Rome: FAO, v. 87, 1992, p. 23.

GOMES, Eduardo de Castro. A escrita na História da humanidade. **Dialógica - Revista Eletrônica da Faculdade de Educação da Universidade Federal do Amazonas**, Manaus, v. 1, n. 3, 2007. Disponível em: <http://dialogica.ufam.edu.br/PDF/no3/Eduardo_Aspectos_da_escrita_na_Historia_da_humanidade.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2016.

GOMES, Carlos. **Economia do Sistema Comunitario: Enquanto a mercadoria e a moeda não existem.** Almada/Portugal: Campo das Letras, 2007.

GONÇALVES, Carlos Walter P. Meio ambiente ciência e poder: diálogo de diferentes matrizes de racionalidade. In: SORRENTINO, Marcos (Coord.). **Ambientalismo e participação na contemporaneidade.** São Paulo: FAPESP, 2002.

GUEDES, Maria Helena. **Os Grandes Descobrimentos.** 1. ed. Vitória: Clube dos Autores, 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Técnica e Ciência como "Ideologia".** Tradução de Artura Morão. Lisboa: Edições 70, 1968.

HERÓDOTO (484 A.C - 425 A.C.). **História.** Tradução de Pierre Henri Larcher. Rio de Janeiro: eBooksBrasil, 2006.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (IDEC). **Agrotóxicos. Mais um projeto polêmico na Câmara.** Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/em-acao/noticia-do-consumidor/agrotoxicos-mais-um-projeto-polemico-na-camara>>. Acesso em: 05 maio 2016.

JAIN, Hari Krishan. **Green Revolution: History, Impact and Future.** Houston: Studium Press LLC, 2010.

KRAMER, Samuel Noah. **The Sumerians: Their History, Culture, and Character**. Chicago: The University of Chicago Press, 1971.

MAGOC, Chris J.; BERNSTEI, David. **Imperialism and Expansionism in American History: A Social, Political, and Cultural Encyclopedia and Document Collection**. Santa Barbara: ABC-CLIO, 2014.

MALTHUS, Thomas Robert. **An Essay on the Principle of Population**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

MARR, Andrew. **Uma História do Mundo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2012.

MARTINS, Paulo Roberto. **Trajetórias tecnológicas e meio ambiente: a indústria de agroquímicos/transgênicos no Brasil**. 2000, Tese. 338 f. (Doutorado em Ciências Sociais), Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, 2000.

MAZOYER, Marcel; ROUDART, Laurence. **História das Agriculturas no Mundo: do neolítico à crise contemporânea**. Tradução de Cláudia F. Falluh Balduino Ferreira. Porto Alegre: Unesp, 2009, p. 20.

MICHAELIS Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=arado>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Manual de Vigilância da Saúde de Populações Expostas a Agrotóxicos**. Brasília: Editora MS, 1997.

MORAIS, Regis. **Filosofia da Ciência e da Tecnologia**. 8. ed. Campinas: Papyrus, 2007.

MOREIRA, Roberto José. **Agricultura Familiar: processos sociais e competitividade**. Rio de Janeiro: MAUAD, 1999.

PACÍFICO, Daniela A. História da modernização da Agricultura: um conto de muitas facetas. In: SOGLIO, Fábio Dal; KUBO, Rumi Regina (Org.). **Agricultura e Sustentabilidade**. Porto Alegre: UFRGS Editora, 2009.

PERES, Frederico; GAETAN, Josino Moreira; DUBOIS, Sege. *Agrotóxicos, saúde e ambiente: uma introdução ao tema*, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/cap_01_veneno_ou_remedio.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2016.

PROGRAMA de Análise de Programa de Análise de Alimentos (PARA) - Relatório complementar relativo a segunda Etapa das análises de amostras coletadas em 2012. **ANVISA**, Brasília, 2014. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/d67107004634368583a5bfec1b28f937/Relat%C3%B3rio+PARA+2012+2%C2%AA+Etapa+-+17_10_14-Final.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 12 dez. 2015.

RIBEIRO, Darcy. **O processo civilizatório: etapas da evolução sociocultural**. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1998.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria Estadual de Saúde. **Agrotóxicos - Impactos à saúde e ao ambiente**. Porto Alegre, 2005. Disponível em: <http://www.saude.rs.gov.br/upload/1337354147_AGROTOXICOS%20IMPACTOS%20A%20SAUDE%20E%20AO%20AMBIENTE.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2016.

ROCHA, Carla; VASCONCELLOS, Fabio; DAMASCENO, Natanael. A silenciosa praga das lavouras no estado do Rio - Regiões agrícolas com forte uso de agrotóxicos têm mais suicídios e mortes por câncer. **O Globo**, Rio de Janeiro, 03 jun. 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio20/a-silenciosa-praga-das-lavouras-no-estado-do-rio-5104694>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

ROSA, Antonio Vitor. **Agricultura e Meio Ambiente - Série Meio Ambiente**. 7. ed. São Paulo: Atual, 2005.

ROSSI, Marina. Agrotóxicos: o veneno que o Brasil ainda te incentiva a consumir - Brasil permite uso de pesticidas proibidos em outros países e exonera os impostos dessas substâncias. **El País - Brasil**, Brasília, 10 abr. 2016. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/03/politica/1457029491_740118.html>. Acesso em: 01 maio 2016.

RUDDIMAN, William F. *A Terra Transformada*. Tradução de Théo Amon. Porto Alegre: Bookman, 2015.

SEPULCRI, Odílio; PAULA, Nilson de. A Evolução da Agricultura e seus reflexos na EMATER. **2º Prêmio Extensão Rural - Instituto Paranaense de Assistência Técnica e Extensão Rural - EMATER**, Curitiba, p. 3-4, 2006. Disponível em: <http://www.emater.pr.gov.br/arquivos/File/Biblioteca_Virtual/Premio_Extensao_Rural/2_Premio_ER/03_Evol_Agri_refl_Emater.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2016.

SILVA, Luzia Gomes da; CASTRO, Julio Cezar da Silva. **Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais no Brasil: passeio histórico-político**. São Paulo: Baraúna, 2011.

SILVA, Jandira Maciel da et al. Agrotóxico e trabalho: uma combinação perigosa para a saúde do trabalhador rural. **Ciência & Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, Oct./Dec. 2005. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232005000400013>>. Acesso em: 01 fev. 2016.

SÃO PAULO, Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Ato nº 34. **Comissão Parlamentar de Inquérito da Segurança Alimentar - Ato nº 34 de 10 de agosto de 2010**. São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/StaticFile/documentacao/cpi_seguranca_alimentar_relatorio_final.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

SHAW, Ian. **The Oxford History of Ancient Egypt**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2000.

TAYLOR, Eric L; HOLLEY, A. Gordon; KIRK, Melanie. Pesticide Development: a Brief Look at the History. **Southern Regional Extension Forester**. Athens, p. 2. mar. 2007. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=oahUKEwjZl9bluuzMAhUFC5AKHWY6AKYQFggdMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.sref.info%2Fresources%2Fpublications%2Fpesticide-development---a-brief-look-at-the-history%2Fat_download%2F>. Acesso em: 21 maio 2016.

TRUMAN, Harry S. **White House - Presidents History & Grounds**, Whashington D.C., 02 de fev. 2016. Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/1600/presidents/harrystruman>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Crimes de Agrotóxicos. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; QUADROS DA SILVA, Fernando (Org.). **Crimes Ambientais: Estudos em homenagem ao Des. Vladimir Passos de Freitas**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

VELASCO, Luciano Otávio Marques de; CAPANEMA, Luciana Xavier de Lemos. O Setor de Agroquímicos. **BNDES Setorial**, Rio de Janeiro, p. 74-75, 2006. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/bnset/set2403.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016.

VIAN, Carlos Eduardo de Freitas; ANDRADE JÚNIOR, Adilson Martins. Evolução Histórica da Indústria de Máquinas Agrícolas no Mundo: Origens e tendências. In: 48º Congresso da Sociedade Brasileira de Economia, Administração e Sociologia Rural. 25 a 28 de julho de 2010. Campo Grande. **Anais**. Campo Grande: 2010.

ZAMBERLAN, Jurandir; FRONCHETI, Alceu. **Preservação do pequeno agricultor e o meio ambiente**. Petrópolis: Vozes, 2001.

BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989**.

aplicação da teoria da cegueira deliberada nos crimes econômicos

Júnior Trampuch Guedes

Graduado em Direito pela Universidade Feevale.
E-mail: junior.guedes@feevale.br.

Daniel Kessler de Oliveira

Graduado em Direito pela Unisinos.
Especialista e Mestre em Ciências Criminais
pela PUC-RS. Professor de Direito Penal e
Processo Penal na Univerisdade Feevale.
E-mail: danielkessleradv@gmail.com.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo tem como finalidade verificar a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada na criminalidade econômica. Essa teoria consiste em situações nas quais o agente finge não enxergar a ilicitude da procedência de bens, direitos e/ou valores com o intuito de auferir vantagens, tendo como problema principal o estudo da possibilidade de o criminoso econômico ser responsabilizado penalmente com base na cegueira deliberada. O principal objetivo deste estudo é analisar as incongruências da Teoria da Cegueira Deliberada dentro do ordenamento penal brasileiro, bem como os riscos e inconsistências de sua aplicação nos crimes econômicos no cenário brasileiro atual, demonstrando a linha tênue que separa a aplicação da cegueira deliberada ao do dolo eventual, transcorrendo-se sob a ótica legal, constitucional e principiológica. Para alcançar o objetivo proposto utilizei do método de abordagem dedutivo. Na primeira seção será abordado a evolução histórica e conceitual do direito penal econômico e criminalidade econômica e apresentando as principais legislações que tipificam os crimes econômicos no Brasil. Na segunda seção serão apresentadas as principais especificidades sobre a normatização do direito penal econômico, bem como os elementos subjetivos do tipo penal. Por fim, será analisado o conceito e origem da cegueira deliberada, bem como os pressupostos de sua aplicação e demonstrando a forma de incidência no Brasil, assim como, as principais críticas apontadas pelo seu uso. O método de abordagem utilizado é o dedutivo e comparativo.

1 CRIMINALIDADE ECONÔMICA

Iniciando este estudo, o objetivo desta primeira seção é traçar um panorama inicial sobre o direito penal econômico e sua relação com o direito penal clássico, demonstrando o seu contexto e origem histórica até os dias atuais através de sua finalidade em proteger novos bens jurídicos e traçando as diferenças e peculiaridades que fazem os crimes econômicos terem tratamentos diferenciados quanto a sua repressão e ao fim, busca-se demonstrar as principais leis na repressão aos crimes econômicos.

1.1 DOS ASPECTOS HISTÓRICOS DOS CRIMES ECONÔMICOS A FORMAÇÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Historicamente, o direito penal econômico é um dos ramos mais antigos, embora seja recente a sua concepção como ramo do direito, pois apenas em meados da década de 20 do século XX ocorreu o surgimento de sua normatização.¹

No entanto, existência do direito penal econômico surgiu derivado do direito econômico, que por sua vez teve origem com a queda do Estado Absolutista, cujos poderes se encontravam centrados nas mãos do rei, impedindo, assim, quaisquer direitos individuais contrários aos seus interesses. Com o enfraquecimento do regime Absolutista, o chamado Estado Liberal foi ocupando seu lugar, que caracterizava-se pelas liberdades individuais, tendo seu auge no século XIX.²

Entretanto, Estado Liberal mostrou-se ineficiente frente à mudança e avanço no mundo dos negócios, surgindo assim, a necessidade de o Estado intervir nas relações econômicas, com o condão de regularizar as relações mercantis, proibindo o abuso do poder econômico e a exploração dos fracos. Dessa forma, o Estado criou um conjunto de normas para a regulamentação da política econômica em confronto com os interesses públicos e particulares, originando, assim, o Direito Econômico.³

Com o surgimento do direito econômico, paralelamente, o direito penal também necessitou se adequar à nova estrutura do Estado intervencionista, razão pela qual surgiram também normas penais de proteção à economia, como uma forma mais severa da intervenção estatal, principalmente após a I Guerra Mundial.⁴

Desta forma, neste novo cenário político-econômico, consagrado no pós-guerra, ensejou uma nova orientação do Direito Penal. Se até então o patrimônio tutelado eram bens jurídicos individuais e disponíveis, o direito penal econômico passou a tutelar a ordem econômica, ou seja, um bem jurídico supraindividual e indisponível, que consiste na atividade de intervenção do estado com o objetivo de realizar o bem-estar econômico da sociedade.

¹ GULLO, Roberto Santiago Ferreira. *Direito Penal Econômico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.17.

² FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 34.

³ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 7.

⁴ RIGUI, Esteban. *Derecho penal econômico comparado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991, p. 12.

Diante disto, deve ser destacado que o crime econômico possui características diversas daqueles vistos no cotidiano, do qual nos referimos como os crimes clássicos. A criminalidade clássica é entendida como aquela em que o bem jurídico a ser protegido é a vida, o patrimônio, a integridade corporal, a liberdade individual entre outros, originários da esfera clássica do direito penal. Por sua vez, na chamada nova criminalidade, do qual está inclusa a criminalidade econômica, possui como grande diferença da esfera clássica do direito penal, o bem jurídico a ser protegido, tendo em vista que nessa nova ordem de proteção, não se dá importância apenas ao bem patrimonial envolvido neste tipo de crime, mas sim a ordem econômica que é atacada, deixando de ocasionar apenas uma lesão individual, mas causando prejuízos a uma coletividade⁵.

Dentro deste cenário, o direito penal tem a missão de proteger os interesses da sociedade, sejam eles coletivos ou individuais, devendo possuir uma estreita ligação aos preceitos e valores fundamentais expressos na Constituição do Estado Democrático de Direito. Quando estes valores fundamentais, protegidos constitucionalmente, são atacados, surge a necessidade de criar normas que criminalizam as condutas que atacam os interesses sociais, com o objetivo de garantir a ordem social constitucionalmente tutelada, contrabalanceando o direito individual em contraste com os valores protegidos constitucionalmente, assim como os interesses coletivos⁶.

Nesta esteira, Feldens doutrina:

O discurso sobre a legitimação do Direito Penal é, antes de qualquer discurso sobre a adaptação material à Constituição. Ambos compartilham, entre si, uma relação axiológica-normativa por meio da qual a Constituição, ao tempo em que garante o desenvolvimento dogmático do Direito Penal a partir de estruturas valorativas que lhe sejam próprias, estabelece, em contrapartida limites materiais inultrapassáveis pelo legislador penal.⁷

Neste sentido, Pimentel define o conceito de criminalidade econômica como sendo “condutas típicas sancionadas penalmente pelas leis editadas com o fim de prover a segurança e a regularidade da política econômica do Estado”⁸,

⁵ SPENGLER, Adriana Maria Gomes de Souza. Dimensão do Princípio da Proporcionalidade na Repressão à Macrocriminalidade Econômica. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Programa de Pós- Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí, v3, n.2, 2008. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica - ISS 1980-7791>. Acesso em: 14 ago. 2015.

⁶ VAZ, Paulo Afonso Brum; MEDINA, Ranier Souza. *Direito Penal Econômico e Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Conceito Editorial, 2012, p. 21-22.

⁷ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 38.

⁸ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 25.

No entanto, a evolução das sociedades e a era da modernização colocou-se à disposição de um novo perfil criminoso, não sendo mais aquele considerado como o marginal da vida societária, o miserável, mas sim aquele que teve acesso à educação e pertencente a uma classe social mais elevada, que, de forma organizada e aproveitando de sua posição social privilegiada, fomentado pela ganância, ocasiona uma lesão muito superior para a sociedade do que aquelas cometidas pelo microcriminoso.⁹

Este tipo de crime tem um perfil criminoso diferente dos demais, pois reúne qualidades peculiares de seus agentes, onde normalmente são pessoas respeitadas no seu círculo social, constituindo-se de classes sociais e econômicas mais elevadas que praticam o ilícito penal no desempenho de seu trabalho. Tendo em vista este perfil criminógeno respeitável e aceito socialmente, é o motivo pelo qual habitualmente estes delitos derivam da classe empresarial.¹⁰

Assim, o principal objetivo dessa nova criminalidade é corromper a ordem econômica, de tal forma que este é o bem a ser protegido penalmente.¹¹ Igualmente, Cervini leciona sobre a tutela do direito penal econômico, no qual se encontram os crimes econômicos:

Se reconocía la importancia de un “concepto restringido”, vinculado a una noción de las mismas características del delito económico, que era consecuencia de precisiones relacionadas con la teoría del bien jurídico, de lo que surgían al menos tres grandes consecuencias:

- a) el cometido del derecho penal económico quedaba acotado en principio a la tutela de intereses individuales de los particulares o en su caso del Estado, pero no alcanzaba a la protección de los intereses colectivos o “supraindividuales”;
- b) se consideraba que la disciplina sólo comprendía las normas jurídico penales que protegían el orden económico; y,
- c) por orden económico se entendía generalmente como la regulación jurídica del intervencionismo estatal de la economía.¹²

⁹ VAZ, Paulo Afonso Brum; MEDINA, Ranier Souza. **Direito Penal Econômico e Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional**. São Paulo: Conceito Editorial, 2012, p. 34.

¹⁰ BALDAN, Édson Luis. **Fundamentos do direito penal econômico**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 167.

¹¹ GULLO, Roberto Santiago Ferreira. **Direito Penal Econômico**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 18.

¹² CERVINI, Raúl. Derecho Penal Económico - Concepto Y Bien Jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 43, p. 81–108, Abr./Jun. 2003. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, v. 8, p. 519, Out. 2010. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa**. v. 2, p. 229–260, Jul. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadoistribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad818150000014f7b291eb8ffdc74c&docguid=lcafcc480f25111dfab6f01000000000&hitguid=lcafcc480f25111dfab6f01000000000&spos=6&epos=6&td=16&context=73&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 29 ago. 2015.

Nesta senda, o crime econômico é visto como uma forma de abuso do poder econômico, que é caracterizado por ser uma forma de agressão às boas práticas econômicas, tais como pela eliminação de concorrência e um aumento arbitrário nos lucros. As várias formas que tornam corpo o abuso do poder econômico têm contribuído de modo significativo para o enrijecimento de um controle mais efetivo na repressão deste tipo de criminalidade, que ainda goza de um cenário de impunidade.³³

1.2 AS PRINCIPAIS LEIS DE REPRESSÃO AOS CRIMES ECONÔMICOS NO BRASIL

Como forma de reprimir estes crimes, o Brasil, criou um verdadeiro emaranhado de legislações penais econômicas, ao menos tentando buscar uma maior efetividade na punição a estes criminosos, diante disto, é necessário apontar as principais legislações sobre o tema.

O primeiro diploma legal que regulamenta a matéria e os delitos contra a economia popular constitui-se 18 de novembro de 1938, através do Decreto-lei n. 869, trazendo severas punições aos indivíduos que atentassem contra o bem econômico popular, ou seja, que representassem um dano efetivo ao patrimônio de um indefinido número de pessoas.³⁴

Já na década de 40, o Decreto-lei nº 2.848/40, que institui o Código Penal Brasileiro, trouxe alguns tipos de crimes econômicos a exemplo artigo 334 prevê o crime de descaminho e contrabando. Outros crimes estão espalhados pelo código, estando previstos nos art. 172, que trata de duplicatas simuladas; art. 175, sobre a fraude no comércio; art. 177, a respeito de fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações; o art. 178, que trata da emissão irregular e conhecimento de depósito ou *warrant*; o art. 184, acerca da violação do direito autoral; art. 185, que trata da usurpação de pseudônimo alheio e incluindo, ainda, os crimes contra a organização do trabalho previsto no título IV da parte especial.³⁵

³³ DOTTI, Ariel René. A criminalidade econômica. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*, v. 8, p. 577 – 594, Out. 2010. Disponível em: < <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad8181500000154b030dcc989e64efd&docguid=la73954a0682011e181fe000085592b66&hitguid=la73954a0682011e181fe000085592b66&spos=8&epos=8&td=16&context=84&startChunk=1&endChunk=1#DTR.2012.1627-39>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

³⁴ MANTECCA, Paschoal. *Crimes contra a economia popular e sua repressão*. 2. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 2.

³⁵ PINHEIRO JÚNIOR, Gilberto José. *Crimes Econômicos: As limitações do direito penal*. Campinas: Edicamp, 2003, p. 70-71.

Em que pese a leis anteriores serem o marco inicial da legislação brasileira a respeito da criminalidade econômica, talvez uma das mais relevantes seja a promulgação da Lei nº 1.521/51. Essa lei alterou toda a legislação vigente da época no que tange aos crimes contra a economia popular, relacionando e proporcionando um maior alcance jurídico, assim como melhor precisão punitiva em decorrência de crimes e contravenções contra a economia popular.¹⁶

Merecem destaque nessa lei os artigos 1º e 2º do Decreto-lei n. 1.521/51, que trazem as tipificações para os crimes contra a economia popular.¹⁷

No ano de 1965, surgiram duas novas leis, que se encontram em uso até os dias atuais. A Lei n. 4.728 que regula o mercado de capitais e a Lei 4.729 que trata da sonegação fiscal. A primeira, segundo Pinheiro Junior, encontra-se com seu texto desatualizado conforme as práticas modernas nos mercados de capitais, entretanto, é considerada de suma importância para a economia nacional, tendo em vista que se as atividades forem desviadas, podem gerar prejuízos imensuráveis para a nação.¹⁸ Por sua vez, a Lei 4.729/65 veio com o objetivo de suprimir uma lacuna legislativa e jurisprudencial, tratando de disciplinar as condutas de evasões tributárias que visavam, de forma fraudulenta, suprimir ou diminuir os tributos.¹⁹

Em seguimento, a lei 7.492 de 1986 foi criada com a finalidade de assegurar, na seara penal, a proteção do Sistema Financeiro Nacional, criminalizando as condutas praticadas, ou não, por agentes institucionalmente ligados ao sistema, que possuem a premissa de lesionar ou de deixar em risco o sistema financeiro, sendo este sistema de relevância vital para a saúde econômica do país, assim como das instituições financeiras que o compõem e seus investidores privados.²⁰

Em 1990, houve o advento de duas importantes leis, que integram o arcabouço legislativo penal econômico, sendo, primeiramente, a lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 61 e seguintes e da lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990, do qual delibera sobre os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.²¹

¹⁶ MANTECCA, Paschoal. *Crimes contra a economia popular e sua repressão*. 2. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 3.

¹⁷ BRASIL. Presidência da República. **Lei 1.521 de 26 de dezembro de 1951**. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/103292/lei-1521-51>>. Acesso em: 11 out. 2015.

¹⁸ PINHEIRO JÚNIOR, Gilberto José. *Crimes Econômicos: As limitações do direito penal*. Campinas: Edicamp, 2003, p. 75.

¹⁹ SOUSA, Ercias Rodrigues de. Crimes contra a ordem tributária. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 59, Out. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3310>>. Acesso em: 12 out. 2015.

²⁰ MASI, Carlo Velho. *Crimes de evasão de divisas na era da globalização*. Porto Alegre: Pradense, 2013, p. 80.

²¹ GULLO, Roberto Santiago Ferreira. *Direito Penal Econômico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 170-171.

Outrossim, a lei 8.137 de 1990 trouxe em seu seio a tipificação dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. A ordem tributária protegida nesta lei vem reconhecida na Constituição Federal de 1988 e integrando a chamada Constituição Econômica. A proteção da ordem tributária está amparada, nesta lei, nos artigos 1º a 3º, que tipificam as condutas lesivas contrárias a ordem tributária, tendo respaldo jurídico, na medida em que os recursos recebidos através de receitas tributárias possuem a destinação para promover as necessidades sociais. Assim, quando uma conduta atinge essa estrutura, o bem lesado é de natureza supraindividual, constituindo um crime econômico.²²

Em 1991, houve a criação de outra lei com o condão de proteger a ordem econômica, a lei 8.176/91, que regulamenta os crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoque de Combustíveis, trazendo em um único artigo as possíveis condutas criminosas neste campo, demonstrando a sua importância para o Estado na medida em que a falta desses produtos pode acarretar em consequências graves à economia do estado.²³

A lei 9.034/95 veio com o condão de reprimir os crimes cometidos por organizações criminosas. Entretanto, a grande crítica a esta lei é que em seu teor possui, por diversos momentos, o termo organização criminosa, em que pese o legislador não tenha conceituado o que seria a organização criminosa, considerando-se essa umas grandes omissões dessa lei, deixando o seu significado em aberto para diversas interpretações.²⁴

Com grande relevância para o direito penal econômico brasileiro, a lei nº 9.613/98 tipifica o crime de lavagem de dinheiro, que é definido nas palavras de Callegari como:

[...] a lavagem de dinheiro é um exercício de separação a partir do qual se procura o distanciamento de determinados bens a respeito de sua origem ilícita. Assim, conforme essa riqueza seja progressivamente distanciada de sua efetiva procedência – o que é o mesmo, à medida que se ocultem todos aqueles traços que permitiriam descobrir sua autêntica natureza e impediriam a reintrodução de tais bens no mercado lícito-, melhor será o resultado da regularização e maior a consistência dessa aparência de legalidade.²⁵

²² PRADO, Luiz Régis. *Direito Penal Econômico*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 261.

²³ PINHEIRO JÚNIOR, Gilberto José. *Crimes Econômicos: As limitações do direito penal*. Campinas: Edicamp, 2003, p. 76.

²⁴ LISBOA, Adriana Regina. *Dignidade da pessoa humana: A inconstitucionalidade da exclusão social*. São Paulo: [s.n.], 2014, p. 59.

²⁵ CALLEGARI, André Luis. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 73.

Por fim, a lei 9.613/98 teve sua redação alterada pela lei 12.683/12 e trouxe a mudança de diversos dispositivos, aumentando consideravelmente o espectro de criminalização através da ampliação do objeto material do crime, passando, na nova lei, a possibilidade de qualquer infração penal que tenha como intenção ocultar ou dissimular, configurar a lavagem de dinheiro.²⁶

Sendas essas as principais leis que tipificam os crimes econômicos, abordaremos na segunda seção, as principais características do tipo penal econômico.

2 ELEMENTOS DO TIPO PENAL E ESPECIFICIDADES DA TIPIFICAÇÃO DOS CRIMES ECONÔMICOS

Nesta seção, serão demonstradas, brevemente, as peculiaridades da norma penal econômica, assim como, de maneira sucinta, será abordado a forma que se originou, tratando ainda, sobre a alta incidência de normas penais em branco do qual traz uma moderna crítica quanto a uma tendência de administrativização do direito penal, e, também, tratar da peculiar incidência da norma temporária ou excepcional na seara do direito penal econômico e ao final, uma breve explanação sobre os elementos subjetivos do tipo e as principais diferenças entre o dolo eventual e a culpa consciente.

2.1 DO SURGIMENTO DA NORMA PENAL ECONÔMICA E ESPECIFICIDADES DOS CRIMES ECONÔMICOS

Diante de uma nova ordem jurídica, em que necessitou a proteção de novos bens jurídicos quando do avanço da intervenção do Estado na economia, aliada à uma formação jurídica precária à época do surgimento do direito penal econômico, fez com que a legislação dessa matéria fosse elaborada por economistas que não estavam preparados para tanto, ocasionando, assim, leis com uma nova linguagem, bem como o desenvolvimento de leis imprecisas e defeituosas que, por muitas vezes, necessitavam de complementação em outras legislações, além de que, por vezes, violavam princípios básicos inerentes ao direito penal.²⁷

Em posição contrária, Heloísa E. Salomão doutrina sobre a normatização do penal econômico:

²⁶ FREITAS, Helmo. Nova lei de lavagem de dinheiro. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 3907, Mar. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26878>>. Acesso em: 1 nov. 2015.

²⁷ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 31-34.

As técnicas empregadas na sua tipificação prefeririam o emprego de normas penais em branco, de tipos de perigo (concreto ou abstrato), de elementos normativos, de cláusulas gerais e da supressão de qualificadores do elemento subjetivo do tipo. Sugere-se, assim, é evidente, uma flexibilização de diversos princípios e garantias penais conquistadas ao longo do último milênio, especialmente no que concerne ao princípio da legalidade e princípios dele decorrentes. Propõe-se o questionamento dos tradicionais conceitos dogmáticos de ação, culpabilidade e pena, com a sua reestruturação à luz das modernas demandas sociais, pois se apenas uma das recentes formas delitivas indicassem a necessidade de adoção de mecanismos punitivos mais vulnerantes e incisivamente eficazes, já teríamos identificado um claro sintoma de que o sistema penal em seu conjunto estaria clamando pela aplicação de “meios de calibragem e ajuste”.²⁸

Neste sentido, a norma penal econômica, tal como qualquer outra de direito penal, deve mostrar-se em consonância com o princípio da legalidade, exigindo do legislador uma certa flexibilização. Assim, compreende-se a acurada preocupação do legislador em antecipar-se de fatos relevantemente puníveis, prevendo situações em que o criminoso econômico poderia tirar vantagem. No entanto, essa situação se mostra cheia de riscos e dificuldades para o legislador, quando se trata de crimes econômicos em decorrência das constantes mudanças nos caminhos políticos do Estado.²⁹

Assim, o direito penal econômico e tributário acabou utilizando-se muito das normais penais em branco, das quais fazem suas remissões, a fim de complementar o tipo, com normas e resoluções precedentes de outra instância legislativa. Nestes casos, o ilícito penal econômico ou tributário se dará quando a leitura do tipo penal e da legislação remetida, ocorrer de maneira conjunta e que dessa consonância, fique demonstrado o ilícito penal.³⁰

²⁸ SALOMÃO, Heloísa Estellita. Tipicidade no direito penal econômico. *Revista dos Tribunais*. v.725, p.407-428, Mar. 1996. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*. v. 2, p.153-174, Jul. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad8181500000150e7cb4cae23176b5&docguid=16f44a78of25011dfab6fo1000000000&hitguid=16f44a78of25011dfab6fo1000000000&spos=3&epos=3&td=11&context=91&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 08 nov. 2015.

²⁹ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 42.

³⁰ TIEDEMANN, Klaus. La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 37, p. 73 – 97, Jan./Mar. 2002. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*, v. 2, p. 709 – 736, Out. 2010. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&sruid=ioad818160000015386f58bf1bbcac39c&docguid=lc3a5f3f0f2511dfab6fo1000000000&hitguid=lc3a5f3f0f2511dfab6fo1000000000&spos=19&epos=19&td=34&context=291&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

Neste sentido, Tiedemann leciona:

Esto se explica historicamente, en primer lugar, por el origen del Derecho penal económico como Derecho penal para tempos de emergência y crisis: el tipo penal en blanco deja en manos de la administración, según la situación cambiante y las necesidades, dictar actos que solamente de forma muy abstracta pueden ser señalados en la ley; recién al producirse este acto administrativo, se puede aplicar la amenaza penal.³¹

Nesse cenário, as normas penais em branco trazem ao bojo do direito penal uma tendência moderna da administrativização, ao passo que transferem os poderes punitivos ao Poder Executivo ou a modalidades inferiores através de atos normativos.³²

A administrativização do direito penal, resumidamente, define-se como uma forma do direito penal auxiliar o Estado no controle, principalmente nas questões ligadas a proteção da economia e do meio ambiente. Isso decorre de uma nova sistemática adotada pelos Estados, que passaram a conceder ao setor privado atividades da vida econômica social, trocando o papel de um fornecedor ao papel de gerenciador dessas atividades, ou seja, creditou-se ao Estado a árdua tarefa de fiscalizar a manter o controle das atividades, agora descentralizadas de seu poder.³³

Outro ponto que merece relevância menção e a utilização de leis excepcionais ou temporárias, tendo em vista a grande dinâmica encontrada na seara do direito penal econômico.

A característica singular das leis excepcionais e temporárias é serem dotadas de ultratividade, isto é, mesmo passado o seu caráter excepcional ou transcorrido o termo final de sua vigência, ocasionando assim sua autorevogação, continuam mantendo sua eficácia no decurso de tempo.³⁴

Neste contexto, verifica-se que, em tempos atuais, proteger a economia é uma tarefa árdua, ao passo que os acontecimentos na política econômica mudam constantemente de direção e o direito penal econômico deve amoldar-se as essas mudanças transitórias e comuns da vida econômica.³⁵

³¹ TIEDEMANN, Klaus. *Manuel de derecho penal económico: parte general y especial*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010, p. 101-102

³² SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008, p.53.

³³ GUARAGNI, Fábio André. A intensificação do uso de técnicas de reenvio em direito penal: motivos político-criminais. *Revista Jurídica Cesumar*, Mestrado, Maringá, v.12, n.1, 2012. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2340>. Acesso em: 19 mar. 2016.

³⁴ EVANGELISTA DE JESUS, Damásio. *Direito penal: parte geral*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.1, p. 136.

³⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito Penal Econômico: Parte Geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.130.

Dessa forma, deve se reconhecer que a situação transitória normal de uma política econômica não pode ser interpretada como uma situação excepcional ou transitória incidente do Artigo 3º do Código Penal, pois uma das características das leis penais econômicas é a sua condição efêmera em acompanhar os novos rumos ditados por uma política econômica que também apresenta uma condição efêmera, afastando, dessa forma, uma condição de estabilidade em suas leis criminalizadoras, diferente do que visto no direito penal clássico.³⁶

2.2 ELEMENTOS SUBJETIVOS DO TIPO PENAL

Concepção do conceito de crime é constituída a partir de um fundamento jurídico-penal, muito embora permeie como objeto de estudo por outras ciências. Neste contexto, o delito origina-se da norma penal imperativa, que traz em seu bojo a descrição de uma conduta humana, que tem por finalidade agredir um bem jurídico tutelado, seja ele individual ou coletivo, concebido através de diferentes vertentes doutrinárias.³⁷

Outrossim, o tipo penal pode ser dividido através de duas grandes facetas: os elementos objetivos do tipo e os elementos subjetivos, como parte de relevância ao presente estudo, os elementos subjetivos dividem-se em dolo e culpa.³⁸

O dolo é caracterizado como o elemento subjetivo geral do direito penal. Em linhas gerais, é conceituado como sendo a consciência e a vontade para a realização de determinada conduta descrita no tipo penal, ou seja, é o elemento que, representado pela vontade consciente, exterioriza o mandamento normativo do tipo penal.³⁹

O dolo conceitualmente é o mesmo para todos os tipos de crimes, entretanto varia de expressão de acordo com os elementos do tipo penal, citando como exemplo, o dolo previsto no artigo 1º da Lei 8.176/1991, em que se constitui crime contra ordem econômica não é o mesmo que constitui no crime de

³⁶ TIEDEMANN, Klaus. La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 37, p. 73 – 97, Jan./Mar. 2002. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*, v. 2, p. 709 – 736, Out. 2010. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=ioad818160000015386f58bf1bbcac39c&docguid=lc3a5f3f0f25111dfab6f01000000000&hitguid=lc3a5f3f0f25111dfab6f01000000000&spos=19&epos=19&td=34&context=291&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

³⁷ PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, art. 1º a 120. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 243-245.

³⁸ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 170.

³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral I*, 15. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 313.

homicídio, na medida em que as elementares nos respectivos tipos penais respectivos não são os mesmos, e em face dessa situação, a doutrina trabalha com algumas espécies de dolo.⁴⁰

Basicamente a doutrina majoritária entende a existência de três espécies de dolo, sendo elas o dolo direto de 1ª grau, o dolo direto de 2º grau ou indireto e o dolo eventual. O dolo direto de 1ª grau compreende-se como aquele que possui como finalidade expressar o objetivo principal desejado pelo agente. Já o dolo direto de 2º grau ou indireto é aquele que decorre de um efeito colateral em virtude do meio escolhido, tido como certo e necessário.⁴¹

Por sua vez, o dolo eventual é caracterizado pela vontade do agente por um determinado resultado, porém tendo a consciência da possibilidade de um resultado diverso que pode se materializar juntamente com o objetivo principal e sendo indiferente a qual resultado de sua ação venha a ocorrer.⁴²

Já a culpa pode ser conceituada como “[...] o comportamento voluntário desatencioso, voltado a um determinado objetivo, lícito ou ilícito, embora produza resultado ilícito, não desejado, mas previsível, que podia ter sido evitado.”⁴³

Esse entendimento é corroborado por Tavares, que leciona o conceito de culpa na seguinte assertiva:

[...]forma de conduta humana que se caracteriza pela realização do tipo de uma lei penal através da lesão a um dever de cuidado, objetivamente necessário para proteger o bem jurídico e onde a culpabilidade do agente se assenta no fato de não haver ele evitado a realização do tipo, apesar de capaz e em condição de fazê-lo.⁴⁴

A modalidade culposa é dividida nas seguintes espécies: a) culpa inconsciente; b) culpa consciente; c) culpa imprópria.⁴⁵ A culpa inconsciente é a chamada culpa comum e caracteriza-se quando o agente não prevê o resultado, embora possa ser previsível, ou seja, a ação é praticada acreditando-se sinceramente que nada de ilícito ocorrerá.⁴⁶

⁴⁰ EVANGELISTA DE JESUS, Damásio. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 330.

⁴¹ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. *Direito penal parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 254.

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 235.

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 239.

⁴⁴ TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência: uma contribuição a teoria do crime culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 124-125.

⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral I*, 15. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 338 -339.

⁴⁶ GALVÃO, Paulo Murilo. *Aulas de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 229.

Neste sentido, Prado doutrina acerca da culpa inconsciente:

E a culpa comum, que se verifica quando o autor não prevê o resultado que lhe é possível prever. A lesão ao dever objetivo de cuidado lhe é desconhecida, embora conhecível. Não prevê o resultado, embora possível, transgredindo, desse modo, sem saber, o cuidado objetivo exigível. O agente não conhece concretamente o dever objetivo de cuidado, apesar de lhe ser conhecível.⁴⁷

Por seu turno a culpa consciente ocorre quando o agente prevê o resultado de sua ação, entretanto acredita sinceramente que não ocorrerá.⁴⁸

Ocorre quando o agente prevê o resultado ofensivo (representa o resultado como possível), porém, tendo em conta seu conhecimento e/ou sua habilidade, confia sinceramente que não vai acontecer. Confia em sua habilidade (ou no seu conhecimento) para evitar o resultado ou conta com sincera confiança de que nada vai ocorrer em razão das circunstâncias concretas do fato. Na culpa consciente o sujeito prevê o resultado mas não o deseja, não o aceita, não quer realizá-lo, nem sequer assume o risco de produzi-lo. O agente atua com a confiança certa de que o resultado não vai ocorrer.⁴⁹

Já na chamada culpa imprópria, o agente age objetivando um determinado resultado típico, ou seja, possui o dolo, porém sua motivação encontra viciada, agindo assim em erro culposo.⁵⁰

Por relevância, é necessário destacar as principais diferenças que envolvem tanto o dolo eventual quanto a culpa consciente, pois ambos possuem em comum a previsão do ilícito.⁵¹

⁴⁷ PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, art. 1º a 120. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 344.

⁴⁸ GALVÃO, Paulo Murilo. **Aulas de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 230.

⁴⁹ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. **Direito penal parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 287-288.

⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral I, 15. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 339.

⁵¹ PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, art. 1º a 120. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 345.

No dolo eventual o agente concorda com a ocorrência do resultado de sua ação enquanto na culpa consciente, o agente, muito embora tenha a previsão da ocorrência do resultado, não concorda com sua exteriorização, acreditando fielmente que não ocorrerá, embora possa ser previsto.⁵²

Isso quer dizer que o dolo eventual se caracteriza quando o agente prevê a possibilidade da realização da conduta descrita no tipo penal, perseguindo com sua conduta indiferente quanto o resultado que venha a praticar.⁵³

Por outro lado, a culpa consciente ocorre quando o agente prevê a possibilidade de um resultado ilícito, porém não o leva tão sério, acreditando que o resultado ilícito não acontecerá.⁵⁴

Entretanto, essa distinção entre dolo eventual e culpa consciente tem uma tendência a se tornar uma árdua tarefa aos operadores no direito na sociedade pós-moderna. A expansão do direito penal frente as novas tendências de uma sociedade de risco, onde traçam novos paradigmas, deixando de lado um direito penal de dano, para um direito penal de perigo, buscam lograr êxito como uma medida mais eficaz de controle social aos novos crimes. Para isso, o direito penal busca importar conceitos do direito penal anglo-saxão e, como consequências, violando os limites conceituais do dolo eventual, tornando cada vez mais próximo a distinção doutrinária entre dolo eventual e culpa consciente.⁵⁵

3 TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

Ao fim, será estudado nesta última seção a teoria da cegueira deliberada, navegando sob uma análise histórica de sua origem, seu conceito e objetivos, analisando, ainda, os pressupostos para sua aplicação. Ao final, com o objetivo de responder os principais questionamentos deste estudo, será demonstrado as principais críticas apontadas na doutrina para sua utilização com forma de justificativa de responsabilização nos crimes econômicos.

⁵² PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, art. 1º a 120. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 345.

⁵³ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*, 4. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 195.

⁵⁴ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*, 4. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 218.

⁵⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 64, p. 222 – 238, Jan./Fev. 2007. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srcuid=ioad8181500000154d9116a3eea8ac1f9&docguid=le352793of25111dfab6f010000000000&hitguid=le352793of25111dfab6f010000000000&spos=9&epos=9&td=11&context=43&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 22 mai. 2016.

3.1 ORIGEM HISTÓRIA E SUA APLICAÇÃO NO BRASIL

A Teoria da Cegueira Deliberada, conhecida também como *Willful Blindness*, ou ainda como Teoria das Avestruzes, teve sua origem no Direito Inglês em 1861, em especial no caso *Regina y Sleep*.⁵⁶

Já no ano de 1899, a teoria da Cegueira Deliberada surgiu pela primeira vez nos Estados Unidos, aparecendo no julgamento da Suprema Corte daquela nação no caso *Spurrs x United States*. Este caso tratou de uma agente bancária que certificou os cheques de um cliente cuja conta não detinha fundos. Na legislação americana da época, para a condenação deste tipo penal, deveria ser demonstrada a intenção dolosa do agente que se defendeu sob a argumentação que não tinha conhecimento que a conta do cliente estivesse sem fundos quando de sua certificação, restando essa tese vencida sob os seguintes argumentos citados por Ragués i Valles:⁵⁷

El propósito infractor es la esencia del presente delito. Si el oficial certifica un cheque con la intención de que el emisor obtenga dinero del banco pese a no tener fondos, dicha certificación no solo es ilícita, sino que se le puede atribuir el propósito específico de violar la ley. Y este mal propósito puede presumirse cuando el oficial se mantiene deliberadamente en la ignorancia acerca de si el librador tiene o no dinero en el banco o cuando muestra una indiferencia crasa (grossly indifferent) respecto de su deber de asegurarse de tal circunstancia.⁵⁸

Ragués i Valles traz o seguinte conceito sobre teoria da Cegueira Deliberada:

En términos generales esta doctrina viene a sostener la equiparación, a los efectos de atribuir responsabilidad subjetiva, entre los casos de conocimiento efectivo de los elementos objetivos que configuran una conducta delictiva y aquellos supuestos de desconocimiento intencionado

⁵⁶ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Mejor no saber: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal. *Discusiones*, n. 13, 2, p. 11-38, 2013. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcp603>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

⁵⁷ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Mejor no saber: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal. *Discusiones*, n. 13, 2, p. 11-38, 2013. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcp603>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

⁵⁸ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Mejor no saber: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal. *Discusiones*, n. 13, 2, p. 11-38, 2013. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcp603>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

o buscado com respecto a dichos elementos. Tal equiparación se basa en la premisa de que el grado de culpabilidad que se manifiesta en quien conoce no es inferior a la de aquel sujeto que, pudiendo y debiendo conocer, prefiere mantenerse en la ignorancia⁵⁹

No cenário Brasileiro a teoria da cegueira deliberada apenas possui aplicação através do dolo eventual. Assim, resta impossível a aplicação dessa teoria nos crimes culposos, considerando, justamente na conduta consciente e deliberada a fim de evitar o conhecimento da origem ilícita de bens ou valores.⁶⁰

Assim, para a equiparação da cegueira deliberada ao dolo eventual, é necessário primeiramente o preenchimento de alguns requisitos. O primeiro requisito consiste na necessidade de o agente criar conscientemente e voluntariamente formas de bloquear o conhecimento cuja finalidade é esvair-se da possibilidade de conhecer a atividade ilícita que originou os bens ou valores. É de grande importância observar que não se engloba a negligência do agente, mas sim que tenha provocado de forma deliberada as barreiras de seu conhecimento.⁶¹

O segundo requisito para sua aplicabilidade deriva do fato que a criação dos mecanismos que possuem como objetivo gerar o desconhecimento do agente deve haver como propósito central o desconhecimento do ilícito, ou seja, se o agente não quer saber a procedência, mas que a origem provável dos valores ou bens seja fruto de uma atividade ilícita, incorre o agente em cegueira deliberada, por sua vez, se o agente estiver sem a potencial consciência da atividade delituosa, e as barreiras criadas que afastou sua consciência possuem finalidade diversa daquela que era esconder o ilícito, não preenche o requisito do dolo eventual e conseqüentemente da cegueira deliberada.⁶²

⁵⁹ RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. La responsabilidad penal del testafiero en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva. *InDret*, 3, 2008. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/553.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

⁶⁰ COUTINHO, Fabiana de Oliveira. A Teoria da Cegueira Deliberada. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF, Jul. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44465&seo=1>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

⁶¹ BOTTINI, Pierpaolo. A tal cegueira deliberada na lavagem de dinheiro. *Revista Consultor Jurídico*, 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-04/direito-defesa-tal-cegueira-deliberada-lavagem-dinheiro>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

⁶² BOTTINI, Pierpaolo. A tal cegueira deliberada na lavagem de dinheiro. *Revista Consultor Jurídico*, 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-04/direito-defesa-tal-cegueira-deliberada-lavagem-dinheiro>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

Neste sentido, é importante asseverar que a cegueira de determinados fatos típicos nem sempre é consciente, pois pode incorrer na inexistência do principal elo para sua incidência, que é a provocação intencional do desconhecimento. Assim, apenas existe cegueira deliberada quando existe uma relação subjetiva intencional do agente, que provoca sua ignorância, demonstrando uma indiferença com o resultado do fato típico ocorrido.⁶³

Por fim, a existência da cegueira está intrinsecamente ligada a existência de conhecimento, ou seja, o dolo na cegueira deliberada equipara-se ao conhecimento do fato típico, pois sem o conhecimento, embora possa existir a cegueira quanto ao fato, resta-se configurado um fato culposo, que apenas pode haver sua repressão criminal, se existir a previsão legal para responsabilidade penal nessa modalidade, entretanto, não sob o arrimo da cegueira deliberada.⁶⁴

No Brasil, a cegueira deliberada vem sistematicamente sendo aplicada principalmente nos crimes de lavagem de dinheiro, assim como também em outras modalidades de crimes, tais como o de corrupção eleitoral.⁶⁵

Entretanto, quanto a sua aplicabilidade nos crimes econômicos, em especial o crime de lavagem de dinheiro, não se encontra alicerçada de maneira pacífica na doutrina brasileira, verificando correntes que compreendem pela sua aplicabilidade e outras que a refutam.⁶⁶

De outro lado, parte da doutrina compreende que nosso sistema jurídico *civil law* não alberga a aplicação dessa teoria, em especial quando se trata dos crimes de lavagem de dinheiro, tendo em vista que esse tipo de crime não tem a previsão ou possibilidade da aplicação do dolo eventual, do qual parte da doutrina compreende ser equiparada com a referida doutrina.⁶⁷

Ao final, é importante destacar que cegueira deliberada possui uma tendência natural de sua aplicação ser direcionada no direito penal econômico, onde empresas possuem uma tendência a firmar acordos poucos claros, em crimes de lavagem de dinheiro, operações internacionais seguidas a mando de

⁶³ SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial. *InDret*, 3, 2015. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/1153.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2015.

⁶⁴ MANRIQUE, María Laura. Ignorancia deliberada y responsabilidad penal. *Isonomía*, n. 40. p. 163-195, Abr. 2014. Disponível em: <<http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia40/num40/40.%207.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

⁶⁵ COUTINHO, Fabiana de Oliveira. A Teoria da Cegueira Deliberada. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF, Jul. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44465&seo=1>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

⁶⁶ CABRAL, Bruno Fontenele. Teoria da cegueira deliberada. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3193, Mar. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21395>>. Acesso em: 17 mai. 2016.

⁶⁷ BARROS, Marco Antônio; SILVA, Thiago Minetti Apostólico. Lavagem de ativos: dolo direto e a inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada. *Revista dos Tribunais*, v. 957, p. 203-256, Jul. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=ioad818160000015400c49052402c839a&docguid=lc4f0f3f01a4111e5a96d01000000000&hitguid=lc4f0f3f01a4111e5a96d01000000000&spos=5&epos=5&td=24&context=19&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

outros ou quando o conselho de administração da sociedade empresarial prefere “desconhecer” a atividade ilícita entre outras situações que vagueiam a criminalidade econômica.⁶⁸

3.2 PRINCIPAIS CRÍTICAS QUANTO À SUA APLICAÇÃO

A cegueira deliberada ainda é instituto recente no ordenamento jurídico brasileiro, não possuindo uma jurisprudência ou posicionamento consolidado sobre a forma de sua incidência no sistema jurídico Brasileiro, no entanto a escassa doutrina existente sobre o tema aponta algumas críticas quanto a sua aplicação.

3.2.1 Da extensão do conceito do dolo eventual e aproximação a responsabilidade objetiva

Primeiramente, é importante mencionar que a cegueira deliberada no Brasil apenas tem sua aplicação através do dolo eventual, pois sua principal finalidade é atribuir a responsabilidade penal ao indivíduo que conscientemente colocou-se em ignorância com a finalidade de esvair-se de sua responsabilidade no futuro pela conduta ilícita cometida.⁶⁹

Entretanto, assevera Silveira que o uso da cegueira deliberada no direito brasileiro tem como viés estender a fundamentação do dolo eventual. Isso quer dizer, através do uso da presente teoria, busca-se, por muitas vezes, criminalizar uma conduta culposa em um crime que apenas possui previsão através do dolo, citando como exemplo o crime de lavagem de dinheiro.⁷⁰

⁶⁸ SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial: Esbozo de una teoría general de los delitos económicos. *InDret*, 2, 2009. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/130911/180677>>. Acesso em: 19 mai. 2016.

⁶⁹ BECK, Francis Rafael. A Doutrina da Cegueira Deliberada e sua (In)Aplicabilidade ao Crime de Lavagem de Dinheiro. In: WEDY, Miguel Tedesco; CALLEGARI, André Luis (Org.). *Lavagem de Dinheiro*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2011, p. 124.

⁷⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro. *Boletim IBCCRIM*; v. 246, Mai. 2013.

Dessa maneira, a ampliação do conceito do dolo eventual possui também outro problema de ordem prática. Isso porque o dolo eventual pode ser considerado no que se compreende como cegueira deliberada, entretanto, ao contrário não se pode afirmar, ou seja, nem toda situação em cegueira deliberada acarreta em dolo eventual, na medida em que na cegueira deliberada, o agente age com o conhecimento potencial de um resultado, enquanto em dolo eventual o agente age com o conhecimento real e atual.⁷¹

Neste sentido, tem se compreendido uma inversão nos valores naquilo que efetivamente deve ser analisado, ao passo que se averigua aquilo que o autor do fato não sabe, ou seja, aquilo que poderia buscar um conhecimento mais aprofundado ao invés de avaliar aquilo que efetivamente tinha o conhecimento, quando se omitiu, mostrando-se, assim, de forma equivocada, pois sempre se estará sob o argumento que poderia buscar o conhecimento.⁷²

Outro ponto merecedor de destaque quanto à aplicação da cegueira deliberada é a tendência em se direcionar para um lado obscuro no direito penal: uma espécie de responsabilidade objetiva.⁷³

Neste sentido, Barros e Silva trabalham a ideia do subjetivismo do julgador:

O entrave da subsunção da cegueira voluntária ao dolo eventual decorre da abertura do caminho que, inapropriadamente, facilita a responsabilização criminal por mera conjectura, construída ao sabor do subjetivismo do julgador, eis que o édito condenatório, em tal situação, tem origem em seu mero “sentir”, isto é, na sua superficial percepção de que aquele que assumiu o risco de lavar (dolo eventual), “fechou os olhos” para a suposta origem espúria dos bens, direitos ou valores, a ele submetidos.⁷⁴

A problemática de assumir o risco de determinado resultado traz com a cegueira deliberada a possibilidade de o julgador ampliar demasiadamente os limites do dolo eventual, acabando por essas extravagâncias acarretar em uma punição com rigor excessivo, mesmo quando o Estado não apresenta um conjunto probatório mínimo, tornando-se assim uma espécie de responsabilidade objetiva. Isso quer dizer que se abre a possibilidade de argumentações no

⁷¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro. *Boletim IBCCRIM*; v. 246, Mai. 2013.

⁷² LAUFER, Cristian; SILVA, Robson A. Galvão. A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*; v. 204, Ano 17, 2009.

⁷³ ARIAS, Jacinto Pérez. *Sistema de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Dykison: Madrid, 2014, p. 167.

⁷⁴ BARROS, Marco Antônio; SILVA, Thiago Minetti Apostólico. Lavagem de ativos: dolo direto e a inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada. *Revista dos Tribunais*, v. 957, p. 203-256, Jul. 2015. Disponível em: <[http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=ioad81816000015400c49052402c839a&docguid=lc4f0f3f01a4111e5a96d01000000000&hitguid=lc4f0f3f01a4111e5a96d01000000000&spos=5&epos=5&td=24&context=19&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=ioad81816000015400c49052402c839a&docguid=lc4f0f3f01a4111e5a96d0100000000&hitguid=lc4f0f3f01a4111e5a96d01000000000&spos=5&epos=5&td=24&context=19&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 10 abr. 2016.

sentido de que aquele que assume determina situação responde pelas consequências de sua decisão ou no sentido de que o não querer conhecer os elementos objetivos do tipo que caracterizam o dolo, acarreta em aceitar todos os resultados decorrentes deste.⁷⁵

3.2.2 Contrariedade ao princípio da presunção de inocência e inversão do ônus da prova

A segunda crítica quanto a aplicação da teoria da cegueira deliberada seria um confronto com o princípio mais relevante ao acusado, quiçá, a presunção de inocência. Isso se dá pelo fato de haver certa inversão na carga probatória. Ou seja, o acusado responde dolosamente pela ausência de seu conhecimento, devendo provar que esse desconhecimento não foi pela falta de interesse ou indiferença quanto ao resultado, abrindo, dessa maneira, a possibilidade de condenações dolosas sem que haja indícios de sua existência. Dessa maneira, esse instituto acaba por abrir portas a condenações por dolo sem que haja provas de que o agente se colocou em situação voluntária de ignorância.⁷⁶

É diante disto que ocorre o problema no dolo eventual, a única forma que a cegueira deliberada tem sido aceita na doutrina nacional. Devese atentar que o dolo eventual, antes de tudo, constitui-se dolo e, por tal razão, deve ser provado através das circunstâncias que giram em torno do fato imputado. Por isso, ao tratar a cegueira deliberada através da presunção dolosa de uma omissão, traz consequências devastadoras e afronta direta ao princípio da presunção de inocência, ou seja, ao acusador cabe provar que o agente furtou-se do conhecimento da situação criminosa de modo articulado e pensado a fim de tirar proveito futuro quanto a sua responsabilidade criminal.⁷⁷

⁷⁵ SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial. *InDret*, 3, 2015. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/1153.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2015.

⁷⁶ SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial. *InDret*, 3, 2015. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/1153.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2015.

⁷⁷ SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial. *InDret*, 3, 2015. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/1153.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O foco do presente estudo foi analisar a cegueira deliberada, que é definida por ser uma situação em que indivíduo se coloca em de ignorância intencional quanto a uma prática ilícita, do qual terá proveito, como forma de exculpa a sua responsabilização futura.

Neste cenário, constata-se que a cegueira deliberada apenas pode(ria) ter sua aplicação sob o manto do dolo eventual. O que deve ser ressaltado é que a cegueira deliberada é originada de países anglo-saxão, cujo ordenamento jurídico é a common law, que não possuem a previsão da figura do dolo eventual, permitindo ao julgador uma maior liberdade. Acontece que no Brasil, do qual a ordem jurídica deriva do sistema civil law, existe a figura do dolo eventual, cuja premissa é a indiferença de um resultado.

Diante disto, percebe-se que para aplicação da cegueira deliberada já se encontra um óbice, tendo em visto a necessidade de entender seu conceito. Isso quer dizer, na cegueira deliberada avalia-se a potencial consciência do agente, enquanto no dolo eventual avalia-se o que efetivamente o agente conhecia, sendo dois institutos diferentes, que não podem ser equiparados, embora seja esse o entendimento de parte de jurisprudência e doutrina.

Conclui-se, ainda, que a cegueira deliberada não possui argumentos ou posicionamento unânime para sua aplicação no direito penal pátrio e no direito penal econômico, encontrando-se vários obstáculos. Primeiramente, no Brasil tem se utilizado dessa técnica para condenações nos crimes de lavagem de dinheiro, no entanto a doutrina tem rechaçado a possibilidade de sua incidência. Ainda, visualiza-se que na esteira apresentada, a cegueira deliberada, em decorrência da extensão conceitual do dolo eventual e a proximidade prática da culpa consciente, pode acarretar uma espécie de responsabilidade objetiva, sendo um caminho perigoso a ser traçado.

Constata-se ainda que a utilização da cegueira deliberada como fundamento de responsabilização penal do indivíduo acarreta em uma mitigação ou contrariedade do princípio da presunção de inocência, tendo em vista que ao se trabalhar o fundamento de que o indivíduo deveria possuir o conhecimento, inverte-se o ônus da prova ao réu para que faça prova no sentido de que não tinha o conhecimento ou de que não tinha o dever de conhecer tal situação.

Ao fim, conclui-se que no direito penal econômico, dada as peculiaridades que revestem a criminalidade econômica, tais como uma grande incidência de normas penais em branco e por ser uma área cuja velocidade dos acontecimentos e mudanças nas políticas econômicas são recorrentes, devendo atentar-se ao fato que isso não representa condições temporárias como justificativa da ultratividade de uma lei, não encontra guarida para aplicação da teoria da cegueira deliberada como justificativa para penalizar os agentes por um suposto conhecimento da atividade delitiva, sob pena de banalizar institutos e princípios que titulam o direito penal brasileiro, que a partir de um estudo histórico da origem da cegueira deliberada, verifica-se

que não pode ser equiparada ao dolo eventual, pois embora haja uma similitude entre ambos, possuem distinções quanto a forma de avaliação de seus elementos subjetivos.

REFERÊNCIAS

BALDAN, Édson Luis. **Fundamentos do direito penal econômico**. Curitiba: Juruá, 2005.

BARROS, Marco Antônio; SILVA, Thiago Minetti Apostólico. Lavagem de ativos: dolo direto e a inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada. **Revista dos Tribunais**, v. 957, p. 203-256, Jul. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=ioad818160000015400c49052402c839a&docguid=lc4f0f3f01a4111e5a96do10000000000&hitguid=lc4f0f3f01a4111e5a96do10000000000&spos=5&epos=5&td=24&context=19&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

BECK, Francis Rafael. A Doutrina da Cegueira Deliberada e sua (In)Aplicabilidade ao Crime de Lavagem de Dinheiro. In: WEDY, Miguel Tedesco; CALLEGARI, André Luis (Org.). **Lavagem de Dinheiro**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral I, 15. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOTTINI, Pierpaolo. A tal cegueira deliberada na lavagem de dinheiro. **Revista Consultor Jurídico**, 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-04/direito-defesa-tal-cegueira-deliberada-lavagem-dinheiro>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

CABRAL, Bruno Fontenele. Teoria da cegueira deliberada. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3193, Mar. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21395>>. Acesso em: 9 abr. 2016.

CALLEGARI, André Luís. **Direito penal econômico e lavagem de dinheiro**: aspectos criminológicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CERVINI, Raúl. Derecho Penal Económico - Concepto Y Bien Jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 43, p. 81-108, Abr./Jun. 2003. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, v. 8, p. 519, Out. 2010. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa**. v. 2, p. 229-260, Jul. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad818150000014f7b291eb8ffdc74c&docguid=lcafcc48of25111dfab6fo10000000000&hitguid=lcafcc48of25111dfab6fo10000000000&spos=6&epos=6&td=16&context=73&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 29 ago. 2015.

COUTINHO, Fabiana de Oliveira. A Teoria da Cegueira Deliberada. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, Jul. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44465&seo=1>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

DOTTI, Ariel René. A criminalidade econômica. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, v. 8, p. 577 – 594, Out. 2010. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad8181500000154b030dcc989e64efd&docguid=la73954a0682011e181fe000085592b66&hitguid=la73954a0682011e181fe000085592b66&spos=8&epos=8&td=16&context=84&startChunk=1&endChunk=1#DTR.2012.1627-39>> Acesso em: 15 mai. 2016.

EVANGELISTA DE JESUS, Damásio. **Direito Penal**: parte geral. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

EVANGELISTA DE JESUS, Damásio. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal**: A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FREITAS, Helmo. Nova lei de lavagem de dinheiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3907, Mar. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26878>>. Acesso em: 1 nov. 2015.

GALVÃO, Paulo Murilo. **Aulas de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. **Direito penal parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GULLO, Roberto Santiago Ferreira. **Direito Penal Econômico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GUARAGNI, Fábio André. A intensificação do uso de técnicas de reenvio em direito penal: motivos político-criminais. **Revista Jurídica Cesumar**, Mestrado, Maringá, v.12, n.1, 2012. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2340>. Acesso em: 19 mar. 2016.

LAUFER, Cristian; SILVA, Robson A. Galvão. A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**; v. 204, Ano 17, 2009.

LISBOA, Adriana Regina. **Dignidade da pessoa humana**: a inconstitucionalidade da exclusão social. São Paulo:[s.n.], 2014.

MANRIQUE, María Laura. Ignorancia deliberada y responsabilidad penal. **Isonomía** n. 40, p. 163-195, Abr. 2014. Disponível em: <<http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia40/num40/40.%207.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

MANTECCA, Paschoal. **Crimes contra a economia popular e sua repressão**. 2. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 1989.

MASI, Carlo Velho. **Crimes de evasão de divisas na era da globalização**. Porto Alegre: Pradense, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. **Direito Penal Econômico Brasileiro**. Porto Alegre: Sagra: D C Luzzato, 1996.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PINHEIRO JÚNIOR, Gilberto José. **Crimes Econômicos**: As limitações do direito penal. Campinas: Edicamp, 2003.

PRADO, Luiz Régis. **Direito Penal Econômico**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, art. 1º a 120. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v.1.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral, 4. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RAGUÉS IVALLÈS, Ramón. La responsabilidad penal del testafarro en delitos cometidos através de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva. **InDret**, 3, 2008. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/553.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

RAGUÉS IVALLÈS, Ramón. Mejor no saber: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal. **Discusiones**, nº 13, 2, p. 11-38, 2013. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcp603>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

RIGUI, Esteban. **Derecho penal econômico comparado**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, [S. D].

SALOMÃO, Heloísa Estellita. Tipicidade no direito penal econômico. **Revista dos Tribunais**. p.407-428, Mar. 1996. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa**. v. 2, p.153-174, Jul. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad8181500000150e7cb4ca0e23176b5&docguid=l6f44a78of25011dfab6fo10000000000&hitguid=l6f44a78of25011dfab6fo10000000000&spos=3&epos=3&td=11&context=91&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 08 nov. 2015.

SANCHEZ, Bernardo Feijoo. La teoría de la ignorância deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial. **InDret**, 3, 2015. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/1153.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2015.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito Penal Econômico**: Parte Geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SHECÁIRA, Sérgio Salomão. Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 64, p. 222 – 238, Jan./Fev. 2007. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad8181500000154d9116a3eea8ac1f9&docguid=le352793of25111dfab6fo10000000000&hitguid=le352793of25111dfab6fo10000000000&spos=9&epos=9&td=11&context=43&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 22 mai. 2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro. **Boletim IBCCRIM**; v. 246, Mai. 2013.

SOUSA, Ercias Rodrigues de. Crimes contra a ordem tributária. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 59, Out. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3310>>. Acesso em: 12 out. 2015.

SPENGLER, Adriana Maria Gomes de Souza. Dimensão do Princípio da Proporcionalidade na Repressão à Macrocriminalidade Econômica. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Programa de Pós- Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí, v3, n.2, 2008. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica - ISS 1980-7791>. Acesso em: 14 ago. 2015.

TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**: uma contribuição a teoria do crime culposo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TIEDEMANN, Klaus. La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 37, p. 73 – 97, Jan./Mar. 2002. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, v. 2, p. 709 – 736, Out. 2010. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&sruid=ioad818160000015386f58bf1bbcac39c&docguid=lc3a5f3fof2511dfab6fo1000000000&hitguid=lc3a5f3fof2511dfab6fo1000000000&spos=19&epos=19&td=34&context=291&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

TIEDEMANN, Klaus. **Manuel de derecho penal económico**: parte general y especial. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

VAZ, Paulo Afonso Brum; MEDINA, Ranier Souza. **Direito Penal Econômico e Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional**. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

a consagração do direito à colaboração no sistema processual civil brasileiro

Lisiane Antonia Boeno

Graduada no Curso de Direito da Universidade Feevale. E-mail: lisy16@gmail.com.

Guilherme Botelho de Oliveira

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito, com área de concentração em Teoria Geral da Jurisdição e Processo. Especialista em Direito Processual Civil. Professor da Graduação e Pós-graduação lato sensu na Universidade FEEVALE. Professor convidado da Pós-graduação lato sensu da Faculdade Meridional - IMED. Advogado em Porto Alegre. E-mail: guilhermebotelho@feevale.br.

INTRODUÇÃO

A colaboração das partes no processo é um tema que foi bastante aprofundado no Código de Processo Civil de 2015, tendo em vista o intenso aumento das demandas que sobrecarregam o Judiciário, e, por isso, é de extrema relevância aos operadores do direito, em razão de contribuir de forma significativa para o bom ritmo da máquina do Poder Judiciário.

Haja vista que a colaboração é um novo modelo de processo, o qual vai ao encontro dos ideais do Estado Democrático de Direito, vale lembrar que este possui princípios e regras peculiares, os quais acabam por caracterizá-lo como um modelo tríade, onde atuam em conjunto autor, réu e juiz, prevalecendo assim o diálogo em tentativa a se alcançar a justiça para o caso concreto, em detrimento do mero tecnicismo. Mostra-se um modelo apropriado à realidade atual da sociedade, que dia a dia pretende um direito mais efetivo, desejando se ver livre das formalidades desnecessárias, as quais nada acrescentam às relações sociais.

São demonstrados os fundamentos da colaboração como princípio, e também como modelo processual, empregando medidas aos sujeitos do processo, e salientando os deveres de cada um para a formação da decisão, cuja legitimidade se funda no efetivo diálogo e cooperação entre o juiz e as partes em busca do resultado da lide.

Assim, diante do elogiável novo Código de Processo Civil que, ao igualar os direitos e deveres das partes e do juiz, traz uma nova acepção da palavra justiça, pois, tanto os leigos, quanto os habilitados poderão ter a segurança de um processo baseado na transparência, e podendo também, expressar-se a cada episódio da fase processual de forma positiva ou negativa, para que o próximo passo seja dado com o consentimento de todos os envolvidos.

1 O DIREITO BRASILEIRO FRENTE AO MODELO DE PROCESSO COOPERATIVO

Urge destacar alguns conceitos antes de se proceder à efetiva análise do direito brasileiro diante do modelo de processo cooperativo. É imprescindível mencionar que o princípio dispositivo se evidencia no processo civil pela iniciativa que deve ter o litigante frente ao Poder Judiciário na busca de um suposto direito, inaugurando assim o processo, e trazendo a baila todas as alegações e provas que integrarão o litígio denotando, assim, a autonomia que as partes possuem no sistema processual brasileiro.¹

¹ CHAVES, Christian Frau Obrador; MANDELLI, Alexandre Grandi. O dever de colaboração (entre e das partes) no processo civil constitucional e a efetiva prestação da tutela jurisdicional executiva: o dever fundamental do executado de nomear bens passíveis de penhora. *Revista da AGU*, Brasília, v.11, n.31, p. 143-179, Jan/Mar 2012.

Observa-se que não se trata do fato de constatar que as partes agem para superar o litígio, mas de estabelecer um processo das partes, ou seja, de caráter dispositivo, onde não devam agir como se estivessem em um combate ou jogo próprio para impulsos egoísticos; ao invés disso, deve se traduzir em um diálogo, no qual os litigantes possam trocar informações contrapostas, com liberdade de ação, devendo construir alegações apropriadas para serem levadas a juízo, e desenvolvendo elementos a fim de possibilitar um julgamento elaborado para que não sejam colocadas em evidência apenas a fraqueza ou imprudência do adversário.²

Nesse cenário, mister referir as contribuições de Mitidiero ao mencionar que: “o Estado Constitucional revela aqui sua face democrática, fundando o seu direito processual civil no valor participação, traduzido normativamente no contraditório”. A participação é a base constitucional para que se possa definir o processo cooperativo. Além disso, não se pode olvidar que as decisões do magistrado devem ser indispensavelmente justas e baseadas nos direitos fundamentais, outra perspectiva que trouxe o Estado constitucional.³

No que concerne à tarefa do juiz, importante destacar que sempre se caracterizou por ser a maior e própria, pelo fato de ser de seu ofício decidir sobre o deslinde processual, e principalmente no que tange ao mérito da causa. Contudo, frente ao modelo de processo cooperativo, aos litigantes foram atribuídos maiores poderes, inclusive similares aos do órgão judiciário. Como exemplo disso pode-se destacar o direito de as partes indicarem as provas, o que também não inibe a iniciativa análoga do magistrado.⁴

Faz-se necessário refletir sobre o princípio da colaboração quanto a sua interpretação, ao passo que a colaboração não ocorre efetivamente entre as partes, mas sim entre o juiz e parte, e a parte com o juiz, até porque não há como as partes se ajudarem entre si, pois ambas têm um único objetivo em comum, que é a resolução do litígio. Cada litigante quer ter seu requerimento atendido, já que demandam para a resolução de um conflito, porém buscando à sua própria pretensão. Assim, na maioria dos casos, é inevitável que quando for favorável para uma das partes será desfavorável para a outra, o que impossibilita

² GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1966, p.592-593.

³ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009, p.86.

⁴ ASSIS, Araken. *Dever de veracidade das partes no processo civil*. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20100810135544.pdf>. Acesso em: 25.Out.2015.

que uma parte colabore com a outra, pois certamente agiria em prejuízo próprio. A referida colaboração deve acontecer entre o juiz e a parte, para que as dificuldades no decorrer do procedimento sejam superadas, trazendo equilíbrio e elementos suficientes para chegar ao mérito da causa.⁵

É importante destacar as palavras de Streck, o qual afirma que a cooperação não pode ser denominada como um princípio, visto que a sua inobservância não guarda sanções, assim como não há inconstitucionalidade diante da sua inaplicação. Nesse sentido, o autor ensina que: “Não há regra sem um princípio instituidor, caso contrário ela não poderá ter legitimidade democrática”. Assim, não podem os princípios simplesmente dispor de cunho residual de aplicação, ou mesmos serem aplicados no âmbito da discricionariedade do julgador. Em virtude disso, vislumbra-se que a cooperação não impossibilita a tomada de decisões discricionárias, dessa maneira, não pode ser caracterizada como princípio para o referido autor.⁶

Na medida em que alcançada à visão de que “nem as partes, nem o juiz, solitariamente são capazes de atingir o melhor resultado no processo”, surge à ideia da cooperação, a conveniência de empenharem-se simultaneamente. Mesmo que seja o juiz quem “dirija o processo de forma ativa”, no modelo cooperativo, sustenta os atos processuais e suas decisões baseado no diálogo que passa a ter com as partes.⁷

Fica evidente, por conseguinte, que a participação dos litigantes e do juiz, de forma dialógica, isonômica e permanente permite um modelo participativo de processo, o qual se baseia na cooperação como instrumento principal para efetivação e realização dos direitos. Assim, se legitima o exercício da função jurisdicional, que propicia o trabalho em conjunto, que é indispensável para concretização das garantias constitucionais existentes.⁸

⁵ LESSA, Guilherme Thofehm. Ausência de colaboração e evidência de direito. *Revista de Processo*, v. 246/2015, p. 147-169, Ago. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad8181500000150a0b25b1d1c126129&docguid=l0315b040723e11e5acdd01000000000&hitguid=l0315b040723e11e5acdd01000000000&spos=25&epos=25&td=3899&context=5&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 25.Out.2015.

⁶ STRECK, Lenio Luiz. Um Debate com (e sobre) o Formalismo-Valorativo de Daniel Mitidiero ou “Colaboração no Processo Civil” é um Princípio?. *Revista de Processo*, v. 213/2012, 2012, p. 13. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad8181500000153634c28aed629323a&docguid=l5e7d7f201cd911e2807701000000000&hitguid=l5e7d7f201cd911e2807701000000000&spos=9&epos=9&td=21&context=20&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 10. Mar.2016.

⁷ RAATZ, Igor. A colaboração no processo civil e o projeto do novo CPC. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v.18, n.31, Fev. 2011, p.64. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrrj/article/viewFile/274/243>. Acesso em: 04.Jun.2015.

⁸ FRANCO, Marcelo Veiga e JAYME, Fernando Gonzaga. O princípio do contraditório no projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, v. 227/2014, Jan.2014p. 335 – 359. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=ioad8181500000150b111b514b5486ac7&docguid=l396d1060687811e382ba01000000000&hitguid=l396d1060687811e382ba01000000000&spos=41&epos=41&td=142&context=36&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 28.Out.2015.

Nessa ótica, no regime de colaboração, o juiz é colocado no mesmo nível de interlocução que as partes postulantes, uma vez que a integração da relação processual existente torna o princípio da cooperação difusor da efetiva cidadania, bem como, o processo de caráter cooperativo traduz o mais adequado frente à cláusula do devido processo legal. São conferidos, aos litigantes e ao magistrado, os deveres e prerrogativas processuais, em prol da obtenção de um cenário dialogal, onde todos compartilham as responsabilidades e funções respectivas, unindo esforços para a justa resolução da lide.⁹

Nessa mesma linha, importante frisar que em um processo norteado pela cooperação não existe apenas um protagonista na sua condução, respeitando-se assim a lealdade e a confiança que se tornam princípios basilares do processo. Desta forma, pode-se ousar falar que o modelo cooperativo de processo é o mais satisfatório quando se fala em democracia, ao passo que permite a participação efetiva das partes, sem que as funções e o poder de decisão do juiz sejam suprimidos. Cooperar não significa necessariamente amparar um ao outro, mas sim não ter condutas que possam prejudicar o processo, permitindo assim que o litígio tenha um andamento que seja bom para ambas as partes.¹⁰

Cumprе mencionar que o Código de Processo civil, busca com a valorização do princípio da cooperação, a celeridade processual, bem como um amplo acesso à justiça, dando prioridade ao contraditório participativo, por meio da cooperação que as partes poderão exercer na solução de um conflito. Todavia, este modelo de processo só será justo se for solucionado em um prazo razoável. Assim, é válido lembrar que o Código de Processo Civil de 2015 além de fazer com que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana seja exercido de forma efetiva, trará diversas mudanças processuais norteadoras no que tange a diminuição de prazos processuais e facilitação dos procedimentos.¹¹

⁹ FRANCO, Marcelo Veiga. Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o Art. 489, §1º, IV, do novo CPC. *Revista de Processo*, vol. 247/2015, p.105–136. Set/2015, DTR\2015\13183. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007a00000150c9e7c2230ef8a209&docguid=157aad8c06fe011e586fc01000000000&hitguid=157aad8c06fe011e586fc01000000000&spos=11&epos=11&td=3884&context=19&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 02. Nov. 2015.

¹⁰ FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. Dos Princípios Processuais Constitucionais Implícitos decorrentes do Devido Processo Legal. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 19 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.46333&seo=1>>. Acesso em: 04 nov. 2015.

¹¹ AVILA, Kellen Cristina de Andrade. Inovações constantes no projeto do novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010); *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 07 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47268&seo=1>>. Acesso em: 04 nov. 2015.

Neste íterim, como já visto, pode-se afirmar que a colaboração processual deriva tanto dos princípios constitucionais do devido processo legal¹² e do contraditório¹³, quanto do conceito de democracia, em que urgem os procedimentos de formação das deliberações do Estado, dentre os quais, está o processo judicial. Ainda, ousa-se mencionar, que pode ser interpretado de duas formas o conceito de colaboração na esfera do processo judicial, quais sejam: a colaboração vista como modelo processual, em que se opõe aos modelos processuais clássicos, adversarial¹⁴ e inquisitorial¹⁵, assim como, pode ser considerado um princípio autônomo, tendo em vista que a colaboração estabelece a compreensão e conformação das regras intrínsecas à estrutura mínima do direito a um processo justo. Destarte, mister salientar que a distinção entre os referidos modelos destaca-se quanto ao papel de cada litigante, bem como do órgão julgador, denotando aí a divisão de trabalho que passa a existir entre os sujeitos processuais, cada um atuando de acordo com a sua incumbência em busca do resultado do litígio.¹⁶

Desta feita, ultrapassando os modelos adversarial e inquisitorial, eclode, no atual Estado democrático de direito o modelo de processo colaborativo, que se destaca pelo curso que o princípio do contraditório é direcionado dentro do processo, resultando na imposição de deveres para as partes, assim como para o juiz da causa.¹⁷

Em consonância, não pode ser reputado ao juiz a autoria de uma decisão, tendo em vista não se tratar mais de um sujeito onipotente e autônomo. De outro modo, aos litigantes também não se pode responsabilizar pela condução processual na pretensão dos resultados almejados, pois em ambos os

¹² Dispõe o art. 5º, inciso “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. bens sem o devido processo legal”.

¹³ Prescreve o art. 5º, inciso “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”.

¹⁴ O modelo adversarial é marcado pelo “princípio” não como espécie normativa, mas como fundamento ou orientação preponderante, dispositivo, assume uma forma de disputa entre as partes, desenvolvendo-se como um jogo entre adversários perante um órgão judicial passivo. (DIDIER JR., Fredie. Os três modelos do direito processual: dispositivo, inquisitivo e colaborativo. **Revista de Processo**, V. 198, ano 36, ago./2011, p. 214-225).

¹⁵ O modelo inquisitorial é marcado pelo “princípio”, como fundamento inquisitivo, organiza-se como uma pesquisa oficial, estando o órgão judicial em evidente protagonismo, em que maior parte da atividade processual é desenvolvida pelo julgador. (DIDIER JR., Fredie. Os três modelos do direito processual: dispositivo, inquisitivo e colaborativo. **Revista de Processo**, V. 198, ano 36, ago/2011, p. 214-225).

¹⁶ CAVATI, Tais. Dias. ; GAMA, João Felipe Calmon Nogueira da. **A Colaboração Judicial no Processo Civil: Notas Sobre o Direito Projetado**. In: Brandão, Fernanda Holanda de Vasconcelos; Maillart, Adriana Silva; Tavares Neto, José Querino. (Org.). Acesso a Justiça IXXIII Congresso Nacional do CONPEDI UFPB: João Pessoa. 23ed. João Pessoa, PB: CONPEDI, 2014, v., p. 8.

¹⁷ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. São Paulo: RT, 2009, p.114.

casos existe certa insuficiência para se atingir os resultados pretendidos pelo ordenamento jurídico. Isto posto, percebe-se que nem as partes, nem o juiz, desacompanhados um do outro, são suficientes para alcançar o melhor desfecho. Se faz indispensável a contribuição de todos, caracterizando-se, assim, o modelo de processo colaborativo, que retrata não somente uma divisão de deveres, mas sim um compartilhamento de responsabilidades, com um único intuito: o de chegar ao resultado final do processo.¹⁸

Nessa senda, imperioso referir que é consequência da cooperação entre os sujeitos processuais, de forma que para a decisão ser completa e justa, esta deve ser fruto das alegações e provas produzidas pelas partes, a fim de convencer o órgão jurisdicional e, ainda, motivar e o resultado da sentença.¹⁹

Ainda convém lembrar que, embora seja do magistrado a conduta de decidir quanto ao andamento do processo, este não poderá, de forma alguma, fazê-la de maneira que venha a surpreender os litigantes, tal afirmação encontra guarida no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal²⁰ e no artigo 371 do Código de Processo Civil.^{21 22}

Levando em consideração todos esses aspectos, forçoso reconhecer que o liame existente entre a colaboração e o contraditório passa a existir pelo vetor da norma juntamente com a forma processual do princípio do contraditório, onde se tem uma soma de atividades dos litigantes juntamente com o juiz

¹⁸ CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades no processo moderno**: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.209.

¹⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. São Paulo: RT, 2009, p.154.

²⁰ Art. 93. Omissis

[...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

²¹ Art. 371. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 18.Jan.2016.

²² LEÇA, Laíse Nunes Mariz. O princípio do contraditório como garantia de influência e não surpresa. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 07 maio 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.36821&seo=1>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

em cooperação, sendo a coparticipação uma decorrência do contraditório moderno²³, o qual se destaca por evitar decisões surpresa no decorrer do processo, já que o magistrado deve sempre provocar o debate diante de quaisquer alegações, inclusive das decisões que forem tomadas de ofício.²⁴

Desta feita, havendo violação à cooperação, haverá também inequívoca afronta ao dever de consulta ou diálogo, assim como ao princípio do contraditório.²⁵

2 OS DEVERES DE COLABORAÇÃO ADOTADOS NO DIREITO BRASILEIRO

A doutrina introduziu no direito brasileiro o princípio da cooperação ou colaboração, derivado da Europa, no qual o processo seria o resultado de uma atividade cooperativa entre o juiz e as partes. Essa concepção processual considera o processo um instrumento de interesse de todos os cidadãos na busca da aplicação da ordem jurídica. Nesse sentido, busca-se que o magistrado seja um sujeito ativo no cerne da controvérsia, bem como que exista uma participação ativa e isonômica dos litigantes, a fim de todos serem tratados iguais perante a lei, não devendo ser feita qualquer tipo de distinção entre pessoas que estejam na mesma situação, retratando, assim, uma evolução do princípio do contraditório.

2.1 O JUIZ E OS DEVERES DE COLABORAÇÃO

O mais importante aspecto que se deve levar em consideração, quando se fala em construção triangular do processo, é o diálogo que se estabelece entre os litigantes e o magistrado, pois este é instrumento que traduz a verdadeira cooperação processual diante da troca de informações que cada parte tenha a oferecer em torno da matéria *in casu*, para que possam ser elaborados o juízo histórico e o de valoração.²⁶

²³ CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades no processo moderno**: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.2010.

²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, nº 168. 2009 p. 107-141.

²⁵ SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p.66-67.

²⁶ ROMERO, Micaela Aparecida Pasa. Deveres de colaboração do juiz para com as partes no processo civil cooperativo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4341, 21 maio 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33134>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

No que tange a referida atividade exercida pelos três sujeitos, em conjunto, importante traçar as palavras de Grasso quando afirma que tal atividade deve ser pautada: “na mais interna essência, pois tendem a se identificar, resultando numa única força ativa (“agir único”) que penetra na matéria na busca pela verdade”. (TRADUÇÃO LIVRE)²⁷

Desta forma, no que respeite o princípio do contraditório, bem como seja levado em conta à oportunidade que cada um dos litigantes tem de motivar o convencimento judicial, não de existir eventuais adaptações no procedimento, dependendo de cada caso concreto, para que assim, seja atendida a idealização de um processo justo. Nesse contexto, se atendidas às garantias constitucionais do processo, atinge-se o devido processo legal.²⁸

O sistema processual civil brasileiro é uma esfera na qual ainda não impera a intenção de cooperação dos sujeitos processuais. Nessa seara, preceitua Theodoro Júnior: “O juiz imerso na busca por otimização numérica de seus julgados e as partes (e seus advogados) no âmbito de uma litigância estratégica (agir estratégico) com a finalidade de obtenção de êxito”, verificando-se, desta forma, a ausência de auxílio entre si. Assim, esse caráter fático não exterioriza as normas impostas pelo modelo constitucional de processo, sequer de forma pormenorizada, e como aduz o autor: “nem mesmo os grandes propósitos que o processo, como garantia, devia ofertar”. Nessa seara, pertence ao direito conceder um suporte de normas que levem os sujeitos processuais a um comportamento baseado na colaboração, traduzido em um diálogo genuíno, que conforme o mesmo autor: “estes comportamentos não cooperativos sejam mitigados”.²⁹

Em observância a comunicação que deve existir entre os sujeitos do processo, tendo em vista o dever que o magistrado tem de comunicar às partes dos atos, bem como do respeito ao contraditório, é que se podem evitar as chamadas decisões surpresa, pois aos litigantes será dada oportunidade de se pronunciar antes da tomada de decisão, assim como, haverão de se manifestar a respeito do que se pactuou sobre as matérias de fato, de direito, e de questões mistas, como à eventual visão jurídica do órgão jurisdicional, que possa diferir daquela aportada, por essas ao processo.³⁰

²⁷ Afirma Eduardo Grasso: “è possibile cogliere le note fondamentali di un regime di collaborazione processuale. Il giudice, nello sviluppo del dialogo, si porta al livello dele parti: alla tradizionale costruzione triangolare si sostituisce na prospettiva di posizione parallele. Le attività dei tre soggetti, nell’intima sostanza, tendono ad identificarsi, risolvendosi in única forza operosa (unusactus) che penetra nella matéria alla ricerca della verità”. (GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1966, p. 609).

²⁸ CAMBI, Eduardo. NEVES, Aline Reginadas. Flexibilização procedimental no novo código de processo civil. *Revista de Direito Privado*. v.64/2015, p. 219–259, Out-Dez/2015. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&sruid=ioad8181500001537d310d10ab9d0da&docguid=ldacdb160c57f11e5a05201000000000&hitguid=ldacdb160c57f11e5a05201000000000&spos=20&epos=20&td=1409&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 15.Mar.2016.

²⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto, DIERLE, Nunes, BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.52.

³⁰ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009, p.151-152.

Cabe destacar que a colaboração é alicerçada em regras, as quais devem ser impreterivelmente seguidas pelo magistrado na condução do processo. Diante disso, ao juiz são designados deveres para com os litigantes, quais sejam: de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio. São esses deveres que materializam o verdadeiro sentido do processo baseado no modelo de colaboração.³¹

Assim, forçoso reconhecer que ao magistrado não cabe somente chamar a atenção dos litigantes, deveras, sobretudo alertá-los acerca das questões de fato e de direito que sejam pertinentes para a deliberação da causa, induzindo-as a desfrutar de todo o procedimento para que sejam suscitadas as razões processuais.³²

É notório que há algumas décadas busca-se a modernização da administração pública, visando a um desenvolvimento de capacidade e posicionamento dos servidores e magistrados, com o intuito de melhoria no serviço prestado. Todavia, por óbvio que a finalidade de tal melhoramento não é somente para a satisfação das pessoas que buscam o Poder Judiciário, mas sim, para que metas sejam cumpridas. Da perspectiva simbólica, sustenta-se por uma justiça democrática, protetora e acessível, enquanto na realidade, a referida evolução resta configurada por uma razão instrumental, que implica em estatísticas e números, não como um meio, mas como um fim.³³

Por essa vereda, é que se faz necessário que os sujeitos que compõem o processo contribuam de maneira que construam um processo baseado em uma solução bem amadurecida, para que se evite uma decisão construída apenas com base no interesse exclusivo das partes, ou ainda, por razões que sejam apenas de conhecimento do magistrado. Desse modo, o Poder Judiciário acabar por cotejar a confiança do cidadão, permitindo a ele esse aporte colaborativo.³⁴

Impende salientar que para o Direito Brasileiro pertinente se faz ter presentes na referida decisão, a parte dispositiva da sentença, bem como a motivação que a esta se chegou, e ainda, que seja dotada de lógica e coerência, de maneira que constitua um elemento baseado em fatos e provas de conhecimento e

³¹MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. *Revista de processo comparado*. v.2/2015, Jul-Dez 2015, p.83-97. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad6007a00000153969c8e9b680e614b&docguid=lb2432faocofb11e5a4e201000000000&hitguid=lb2432faocofb11e5a4e201000000000&spos=6&epos=6&td=433&context=15&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 20.Mar.2016.

³²XAVIER, Marília Pedrosa. PUGLIESE, Willian Soares. Decisões surpresa e a inversão do ônus da prova. *Revista de Processo Comparado*. v.2/2015, Jul-Dez 2015, p.181-196. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad6007a00000153969c8e9b680e614b&docguid=lb25e0aaocofb11e5a4e201000000000&hitguid=lb25e0aaocofb11e5a4e201000000000&spos=7&epos=7&td=433&context=15&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 20.Mar.2016.

³³NUNES, Dierle. TEIXEIRA, Ludmila. Por um acesso à justiça democrático: primeiros apontamentos. *Revista de Processo*. São Paulo, 2013, v.217, p. 75-92.

³⁴MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009, p.152.

ciência de ambas as partes.³⁵ Nesse sentido, afirma Teresa Pinto que : “É dever do julgador, pois, explicitar adequada e suficientemente as razões de decidir, cotejando as provas produzidas sob pena de nulidade”.³⁶

Por conseguinte, ao lado do magistrado, os litigantes, mesmo que, na maioria das vezes busquem interesses opostos, partilham as tarefas de colaboração no processo, devendo, desta forma, atuar com decoro, sem que se utilizem de meios ilícitos, pois o processo não pode ser visto como um ringue e muito menos como um duelo judiciário. Existe uma liberdade na atuação do litigante, entretanto, com a respectiva responsabilidade introvertida, assim, ousa-se dizer que quanto maior a liberdade do sujeito, maior será sua responsabilidade, até porque não existe liberdade sem responsabilidade.³⁷

2.1.1 Dever de Esclarecimento

Compreende-se por dever de esclarecimento a tarefa que cabe ao magistrado de empregar esforços em busca de esclarecer, perante os litigantes, incertezas que possuam a respeito dos pedidos, alegações e atos que sobrevierem no decorrer do processo, prevenindo, desta forma, que a decisão a ser proferida seja pautada por informações não procedentes, e que acabem por gerar prejuízo à verdade e à justiça.³⁸

Ao alcançar a efetivação do referido dever, haverá maior igualdade no processo civil, uma vez que o juiz, no tocante aos fatos que não forem esclarecidos, não pode amparar-se no cômodo entendimento de aplicação do ônus da prova, já que, segundo Grassi de Gouvea, consoante leciona Didier Jr. “apenas após a concretização desse poder-dever de esclarecer fatos, com, inclusive, a determinação de provas de ofício, é que se poderá invocar a regra de julgamento travestida no ônus da prova”.³⁹

Pode-se apontar como dever de esclarecimento, a atuação do magistrado quando se faz necessário o preenchimento ou não de um pressuposto processual de validade, devendo assim, procurar sanar tal insuficiência, antes de instituir a consequência da ausência desse requisito, como exemplo, pode-se

³⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. Do Arbítrio à Razão. Reflexões sobre a Motivação das Sentenças. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 29, p. 79.

³⁶ PINTO, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. 3. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1993. p. 200.

³⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 121.

³⁸ DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 127, set. 2005, p. 77.

³⁹ GRASSI GOUVEA, Lucio. *Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na Busca da Verdade Real*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5. ed., rev. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2007.

referir o artigo 250, II⁴⁰ do Código de Processo Civil. Da mesma forma, quando não entender a causa de pedir ou mesmo o pedido exposto na inicial, não deve indeferir a de ofício, antes de possibilitar ao autor que esclareça suas razões.⁴¹

Cumpra salientar que o esclarecimento é imposto aos juízes para que instrua às partes acerca das eventuais incoerências ou obscuridades que compuserem a formação das decisões tomadas.⁴² Mais um exemplo do referido dever encontra-se no Artigo 321⁴³ do CPC, o qual determina que o magistrado intime a parte interessada que proceda à emenda da petição inicial, caso verifique irregularidades que possam interferir no julgamento da lide.

É imperioso mencionar que tal dever dispõe claramente de um duplo sentido transmissor, onde de um lado possibilita que o juiz esclareça seus atos e as situações jurídicas concernentes, dentro do axioma do máximo aproveitamento, dando privilégio ao mérito da causa, como, de outro lado, assegura às partes a potencialidade de lograr decisões que resultem do contraditório, sendo, inclusive desprovidas de incerteza e obscuridade.⁴⁴

Nesse toar, percebe-se que o dever de esclarecimento contribui significativamente para a diminuição das disparidades que possam existir entre os litigantes.⁴⁵

⁴⁰ Art. 250. O mandado que o oficial de justiça tiver de cumprir conterá:

II - a finalidade da citação, com todas as especificações constantes da petição inicial, bem como a menção do prazo para contestar, sob pena de revelia, ou para embargar a execução; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 18.Abr.2016

⁴¹ MINAMI, Marcos Youji. Os doze trabalhos do juiz Hércules. Desafios da magistratura brasileira no contexto da lei 13.105/2015. **Revista de Processo**. v. 250,2015, p. 437 – 460, Dez, 2015. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sguid=ioad6007900000153f34a0fbd82aa7020&docguid=l7cd028e0bc1511e58agc0100000000&hitguid=l7cd028e0bc1511e58agc0100000000&spos=2&epos=2&td=83&context=15&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 07.Abr.2016.

⁴² MITIDIERO, Daniel. Acolaboração como modelo e como princípio no processo civil. **Revista de processo comparado**. v. 2, 2015, Jul-Dez 2015, p.83-97€. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sguid=ioad6007a00000153969c8e9b680e614b&docguid=l7cd028e0bc1511e58agc0100000000&hitguid=l7cd028e0bc1511e58agc0100000000&spos=6&epos=6&td=433&context=15&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 07.Abr.2016.

⁴³ Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

⁴⁴ THEODORO JR. Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre, e PEDRON, Flávio. **Novo Código de Processo Civil - Fundamentos e Sistematização**. Forense. 2015. 1ª ed. p. 77.

⁴⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. 4ª série. São Paulo, 1989. p.70.

2.1.2 Dever de Prevenção

O dever de prevenção no que lhe concerne se caracteriza por uma natureza assistencial, antevendo carências processuais no tocante ao exercício das partes, devendo o magistrado orientá-las de eventuais riscos resultantes da não apreciação do direito material por matéria puramente formal.⁴⁶

Convém transcrever as palavras de Miguel Teixeira, que ao tratar do mencionado dever explica que “não implica qualquer dever recíproco das partes perante o tribunal”, inclusive se evidencia no chamamento às partes quando ocorrerem situações em que seja necessário o aperfeiçoamento de suas iniciais, defesas ou mesmo alegações em sede de recurso. Miguel Teixeira enfatiza ainda, que o dever de prevenção “vale genericamente para todas as situações em que o êxito da acção a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo”. Destarte o dever de prevenção será empregado para que sejam explicitados os pedidos pouco claros, promovendo, a partir de então os ajustes do pedido formulado à situação. Pode-se citar como exemplos concretos desse dever, o pedido realizado pelo tribunal para que seja feita nas palavras do autor “a individualização das parcelas de um montante que só é globalmente indicado”, assim como as informações que devem ser prestadas pelo advogado acerca das testemunhas arroladas no processo, de acordo com o texto do artigo 455⁴⁷ do Código de Processo Civil.⁴⁸

Também são exemplos do dever de prevenção o disposto nos artigos 317⁴⁹ e 932, parágrafo único⁵⁰ do CPC, pois ambos instruem que é vedado ao magistrado que não conheça determinada postulação do litigante por falha processual que poderá ser sanada, sem que ao menos fosse oportunizado repará-

⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 102, set 2011 p. 68.

⁴⁷ Art. 455. Cabe ao advogado da parte informar ou intimar a testemunha por ele arrolada do dia, da hora e do local da audiência designada, dispensando-se a intimação do juízo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 18.Abr.2016

⁴⁸ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. Lisboa: LEX, 1997, p. 66

⁴⁹ Art. 317. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 19.Abr.2016.

⁵⁰ Art. 932. Incumbe ao relator: (...)Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 19.Abr.2016.

la. Desta forma, seria incoerente afirmar que o Estado deve tutelar os direitos, permitindo simultaneamente que o mesmo direito sucumba diante de meros defeitos formais remediáveis não relevados pelo próprio Estado.⁵¹

2.1.3 Dever de Consulta

Entende-se por dever de consulta a necessidade de que o pronunciamento sobre questão de fato ou de direito tomada pelo Tribunal deva necessariamente ser informada às partes, mesmo sendo ela de conhecimento oficioso, permitindo assim a possibilidade de os litigantes se pronunciarem, exceto nas hipóteses de notória desnecessidade. Deseja-se, com isso, que se evitem as chamadas decisões surpresa, isto é, aquelas decisões proferidas em relação a matérias que podem ser conhecidas de forma oficiosa, sem que antes tenha sido discutida pelos sujeitos da lide. Cumpre destacar, que esse dever perdura por toda a tramitação processual.⁵²

Nessa senda, cumpre destacar outro modelo do dever de consulta, o contido no artigo 933⁵³ do CPC, o qual elucida que a parte deve ser intimada no prazo de 5 dias, caso verificada a ocorrência de fato anterior à abertura de prazo para recurso, ou verificada questão que deva ser analisada no julgamento do recurso.

Além disso, é na esteira do dever de consulta que se coloca anteriormente a determinação de uma invalidade processual a obrigação do órgão jurisdicional em obter a opinião dos litigantes no que tange à infração praticada no processo, permitindo assim, que as partes possam influenciar na valoração do vício do ato processual.⁵⁴

⁵¹ MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. *Revista de processo comparado*. v. 2, 2015, Jul-Dez 2015, p. 83-97€. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad6007a00000153969c8e9b680e614b&docguid=lb2432faocofb11e5a4e2010000000000&hitguid=lb2432faocofb11e5a4e2010000000000&spos=6&epos=6&td=433&context=15&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 19.Abr.2016.

⁵² SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. Lisboa: LEX, 1997, p. 66-67.

⁵³ "Art. 933. Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 10 Se a constatação ocorrer durante a sessão de julgamento, esse será imediatamente suspenso a fim de que as partes se manifestem especificamente.

§ 20 Se a constatação se der em vista dos autos, deverá o juiz que a solicitou encaminhá-los ao relator, que tomará as providências previstas no caput e, em seguida, solicitará a inclusão do feito em pauta para prosseguimento do julgamento, com submissão integral da nova questão aos julgadores." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 02.Mai.2016.

⁵⁴ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 14 p. 136.

2.1.4 Dever de Auxílio

O dever de auxílio compreende o dever que tem o juiz de auxiliar os litigantes com o intuito de remover toda e qualquer dificuldade ao exercício dos seus direitos ou na efetivação de obrigações e deveres processuais. Todavia, há de se ressaltar que o referido dever tem de ser ponderado aos princípios de razoabilidade e efetividade, uma vez que o impasse a ser removido seja aquele, que sem o auxílio do magistrado venha a comprometer o princípio constitucional da tutela jurisdicional conveniente e legítima.⁵⁵

No que se refere ao dever de auxílio, importa destacar que em regra pertence às partes fazer prova de suas alegações, com o fito de instruir o processo e alcançar uma solução justa. Partindo dessa premissa, e com o intuito de tornar a vida processual um cenário diligente, a doutrina tem versado sobre a possibilidade de dinamização da prova, visando à divisão do encargo probatório. Esse método, apesar de parecer perigoso, se desempenhado de maneira imprópria, se encontra em total harmonia com a ideia de um processo pautado pela colaboração. Diante disso, afigura-se abstrato e de certo modo insuficiente uma regulação fixa do ônus de provar, como disposto no artigo 373⁵⁶ do CPC, pois caberá ao órgão jurisdicional, cumprindo seu dever de auxílio, a incumbência

⁵⁵ GRASSI GOUVEA, Lucio. *Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na Busca da Verdade Real*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5. ed., rev. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2007.

⁵⁶ "Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 10 Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 20 A decisão prevista no § 10 deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 30 A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 40 A convenção de que trata o § 30 pode ser celebrada antes ou durante o processo". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 24.Abr.2016.

da justa aplicação do devido processo legal e da efetividade de justiça processual, ao dinamizar o ônus da prova conferindo-lhe á quem possua melhores condições de provar.⁵⁷

Haja vista, o exposto pode-se citar como exemplo o dever que o juiz possui em assistência ao credor, ao ordenar às pessoas por este indicadas que providenciem informações e demais elementos pertinentes ao objeto da execução que tenham em seu poder.⁵⁸

Assim, importa dizer que a dificuldade em se obter informação ou documento deve ser analisada pelo magistrado para que esteja em conformidade com um processo ágil, desta forma, se a obtenção da prova é possível pelo próprio litigante, entretanto há um grau de dificuldade que possa comprometer a celeridade do processo, carecerá o juiz, conquanto, requerer a remessa a juízo, cooperando assim com a parte.⁵⁹

3 O DIREITO À COLABORAÇÃO E SUA CONSAGRAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A palavra cooperação, derivada do latim *cooperativus*, de *cooperari*, vincula-se à intenção de colaboração, ou seja, trabalhar com outros, em conjunto, de acordo com a própria etimologia da expressão. Reporta-se à sociedade, sua organização para obter melhorias aos associados, na terminologia jurídica.⁶⁰

É o modelo constitucional de processo, característico do Estado Democrático de Direito que se exerce a garantia de uma igualdade substancial entre os litigantes, o que se pode presumir haver um pleno exercício do contraditório. Nesse sentido, não basta que diante do magistrado estejam os litigantes exercendo o contraditório, quando o juiz ouve ambas as partes, bem como suas razões, é de extrema importância, que estas estejam entre si, em condição de

⁵⁷ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 14 p.141-142.

⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 102, set 2011, p. 69.

⁵⁹ GRASSI GOUVEA, Lucio. *Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na Busca da Verdade Real*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5. ed., rev. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2007.

⁶⁰ DE PLÁCIDO e Silva. *Vocabulário jurídico conciso*. Atualizadores Nagib Daibi Filho e Gláucia Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 217.

paridade não meramente jurídica, é também necessário que haja entre as partes uma efetiva igualdade prática, técnica e econômica, para que desta forma, a isonomia processual possa prevalecer.⁶¹

Outro aspecto importante, é que o contraditório é exercido através do processo, no qual aos litigantes é dado o direito de participar e de influenciar positivamente acerca do convencimento do juiz, bem como de se pronunciarem sobre a valoração jurídica da causa, contendo o julgador a obrigação de submeter ao diálogo das partes a sua interpretação jurídica das questões postas em juízo. Nessa perspectiva, o processo deixa de ser considerado um monólogo judicial, passando a ser entendido como um colóquio, onde todos os sujeitos processuais nele tomam parte. Passando a haver, nas palavras de Mitidiero “abandono de uma lógica apodítica, reconhecendo-se o direito cada vez mais como *juris prudentia* e não somente como *scientia juris*”.⁶²

Tendo em vista que o contraditório passa a se fundar no dever de consulta e dialogo com os sujeitos parciais do processo, vale-se de forma preciosa com a ponderação do problema da carência de democracia do Poder Judiciário, pois a democracia se sustenta bem mais do embate de opiniões do que de consensos e unanimidades.⁶³

É importante observar que a prática dos deveres de colaboração não rompe com a imparcialidade do juiz, pois são postos justamente com a intenção de alcançar a justiça no caso concreto. A colaboração surge para contribuir com a função social do processo, de maneira que a inserção do magistrado no diálogo processual propicie a redução das desigualdades entre os sujeitos do processo.⁶⁴

A cooperação pode ser facilitada por meios adequados para estimular e, em certa medida para obrigar o acontecimento de um debate. Com as reservas que os fenômenos do gênero impõem, quando somos tentados a desenhar linhas de demarcação rigorosas, pode-se dizer que há dois sistemas normativos, um em que a colaboração só é possível e um que onde é positivamente favorita, correspondem a dois estados, e de fato duas concepções de processos civis entre eles significativamente diferenciados: o primeiro baseia-se na regra do contraditório como pressuposto essencial, senão o único meio de

⁶¹ CALAMANDREI, Piero. Processo e democracia - Opere Giuridiche. Napoli: Morano, 1956. p. 690. In: SANTOS, Igor Raatz dos. Processo, igualdade e colaboração. Os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil. Revista de Processo - RePro. Ano 36, n. 192, fevereiro/2011. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, p. 48.

⁶² MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 14, p. 102-103.

⁶³ PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. Por um processo civil comunicativo e dialógico. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. v.69/2015, p.317-332, Jul – Set/2015.

⁶⁴ MENDONÇA, Rodrigo Gomes de. Fundamentos e limitações constitucionais ao poder geral de efetivação das tutelas específicas. **Revista de Processo**, v. 192, ano 36, fev. /2011.

atuação. Já a regra *audiatur et altera pars*, desenvolve toda a estrutura do processo, e ascende a dignidade de um princípio, a constituição prévia, regulando novo vigor proclamando o direito inviolável de defesa em juízo.⁶⁵

A posição de paridade que se assegura a parte deixa de ter reconhecimento platônico de um direito natural de igualdade e se torna instrumento positivo em busca da verdade, apenas se pode sempre realizar uma intervenção que prevê, entre os sujeitos do processo, surgindo nesse sentido, uma pluralidade para a preparação da causa.⁶⁶

Cumprir mencionar que o princípio do contraditório e a colaboração andam lado a lado, contudo não se confundem ao passo que o contraditório possui diversas funções, entretanto não se esgotam na sua abrangência como direito de influencia das decisões ou direito de informação, da mesma forma, a colaboração, visa não só a garantia de participação processual com o intuito de contribuir para a formação do julgamento, como também possui intensa finalidade em cooperar com o exercício do poder jurisdicional.⁶⁷

É crível destacar que o princípio da colaboração opera imputando deveres aos sujeitos processuais, para conseqüentemente tornar ilícitas as práticas que contrariem a consecução desse estado de coisas.⁶⁸

Para tanto é válido ressaltar que no Livro II do CPC, o qual é relativo ao procedimento de execução, há um capítulo designado como: Disposições gerais e dever recíproco de colaboração, mais precisamente no artigo 67⁶⁹. Assim, resta evidente que se espera dos litigantes envolvidos na tutela executiva, de

⁶⁵ GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1966, p.589.

⁶⁶ GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1966, p.589.

⁶⁷ CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.207.

⁶⁸ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.94.

⁶⁹ "Art. 67. Aos órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores". Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02.mai.2016.

maneira mais intensa do executado, um dever jurídico de colaborar para que o processo seja satisfativo. Nesse sentido, há previsão expressa no artigo 774⁷⁰, de que a não colaboração do executado configura um ato atentatório à dignidade da justiça, e desta forma torna-se passível de multa de até 20% do valor da causa. Nessa senda, vislumbra-se inequívoca a natureza de dever processual atribuída à colaboração do executado.⁷¹

Aliás, quando se fala em dever do executado, há de se sinalar que existem diversos dispositivos que regulam expressamente o quanto deve ser efetiva a sua colaboração, como, por exemplo, o dever que lhe é imposto de indicar bens à penhora (art.733, V do CPC). Inclusive, pode-se dizer que essa previsão legal além de um dever de colaboração, pode ser considerada uma garantia de celeridade e efetividade da prestação da tutela jurisdicional.⁷²

⁷⁰ Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que:

I - frauda a execução;

II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;

III - dificulta ou embaraça a realização da penhora;

IV - resiste injustificadamente às ordens judiciais;

V - intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus.

Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz fixará multa em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, a qual será revertida em proveito do exequente, exigível nos próprios autos do processo, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material". Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 02.mai.2016.

⁷¹ FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JUNIOR, Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de.. (Org.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. 1ed.Salvador: Juspodivm, 2013, v. 1, p. 101-123.

⁷² SOUZA, Artur César. O princípio da cooperação no projeto do novo código de processo civil. **Revista de Processo**, v. 225, ano 38, nov./2013, p. 65-80. Disponível em: <<http://www.revistadistribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad8181500001547419e7c4e2ae988e&docguid=l2efba3d044511e3b768010000000000&hitguid=l2efba3d044511e3b768010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 02.mai.2016.

Cumpra-se apontar que o autor Lenio Streck ousou chamar de *panprincipiologismo*, ao criticar a colaboração como princípio processual, pois não reconheceu consistência normativa à cooperação, ao passo que o descumprimento dos deveres não fomentaria consequências aos sujeitos do processo, diante disso não havia o que se falar em regra.⁷³

Todavia, a referida crítica recebeu contraposição do autor Daniel Mitidiero, o qual reiterou seu posicionamento já exarado, quando aduziu que a colaboração não só é um modelo de processo civil que pode ser adotado permanentemente, mas também um princípio, pois se pauta em nortear de forma equilibrada o trabalho dos que participam do processo. Nesse sentido, assevera o autor que:

Assim, é perfeitamente possível ver na colaboração um princípio jurídico, já que ela determina a conformação e a compreensão das regras inerentes à estrutura mínima do direito ao processo justo. A colaboração determina a conformação do direito ao processo justo e, portanto, de suas regras.⁷⁴

Nessa toada, tem-se que a colaboração dos litigantes com o órgão julgador, é em síntese a oportunidade real que as partes têm de exercer influência na decisão do magistrado. Em consequência disso é que existe a correlação com o princípio do contraditório, pois é partindo dessa premissa que se estrutura o diálogo e a participação do juiz e dos interessados na solução de determinado conflito. O contraditório surge como 'direito de ser ouvido', direcionado numa dimensão contemporânea, ao passo que o sujeito deve ser ouvido, para que desta forma possa participar e cooperar para a tomada de decisão, levando em conta necessariamente as suas razões, pois assim o contraditório é exercido de maneira efetiva, ao acolher ou rejeitar as razões expostas. Contraditar denota

⁷³ "Princípio da cooperação processual esse *prêt-à-porter* 'propicia' que juízes e mandatários cooperem entre si, de modo a alcançar-se de uma feição ágil e eficaz, a justiça no caso concreto. Mas se as partes não cooperarem? Em que condições um *standart* desse quilate pode ser efetivamente aplicado?" E: No que a 'cooperação processual' – decantado como um novo 'princípio processual' – pode invalidar uma regra ou 'determinar' o rumo de uma decisão judicial? Ou, em que circunstância uma regra se sobrepõe a uma outra – no plano das antinomias *stricto sensu* – tem por base essa 'cooperação processual'? A resposta parece óbvia. A 'cooperação processual' não é um princípio; não está dotada de densidade normativa; as regras que tratam dos procedimentos processuais não adquirem espessura ontológica face à incidência desse *standart*. Dito de outro modo, a 'cooperação processual' – nos moldes como vem sendo prolatada – 'vale' tanto quanto dizer que todo processo deve ter instrumentalidade ou que o processo deve ser tempestivo ou que as partes devem ter boa-fé. Sem o caráter deontológico, o *standart* não passa de elemento que 'ornamenta' e fornece 'adereços' à argumentação. Pode funcionar no plano performativo do direito. Mas, à evidência, não como 'dever ser'. STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 3.ed., p.485 e 538-539.

⁷⁴ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Steck. **Revista de Processo**, ano36, v.194, abril 2011, p.55-67.

a ideia de participar para influenciar e cooperar com o julgador. Portanto, a decisão surge com funções e responsabilidades compartilhadas através de todos os sujeitos processuais.⁷⁵

Por fim, cabe explicar que o modelo de processo baseado na colaboração não é um sistema que pode ser denominado como 'perfeito', pois nele com certeza existirão impasses a serem esclarecidos, inclusive, nesse sentido, é que se encontra dificuldade em conceituá-lo de maneira singela. A colaboração processual será alvo de rótulos e slogans processuais revolucionários, entretanto com um conteúdo ainda ralo pela sua prematura aplicação. Necessário se faz afirmar que o processo não será simplesmente impecável, em que o autor, o réu e o juiz seguirão de mãos dadas no caminho do "arco-íris processual", ou seja, um procedimento completamente célere e efetivo que seja capaz de produzir apenas resultados justos, uma vez que sem conflito, não há processo, pois a lide é composta, na maioria das vezes, por interesses diferentes, e isso não mudou, nem mudará.⁷⁶

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo teve como objetivo realizar uma análise das grandes mudanças em relação ao princípio do contraditório, principalmente quanto à maneira de interpretá-lo. Diante das diversas transformações havidas no Direito Processual, o presente trabalho expôs a interpretação de acordo com os direitos e princípios fundamentais, em busca de um novo conceito do princípio do contraditório, que chegou a seu aspecto substancial, mais conhecido como o direito do litigante em participar ativamente da construção processual e exercer poder de influência nas decisões.

É importante mencionar que a colaboração se inicia no Estado Democrático de Direito, tratando-se tanto de um modelo de processo, quanto um princípio processual autônomo, a qual é derivada dos princípios do contraditório e do devido processo legal.

Assim, foi asseverado que o ativismo do magistrado, bem como o das partes deve ser estimulado concomitantemente, para que atendam a finalidade social do processo. Para isso, é necessário afastar o individualismo processual, de modo que a atribuição de cada um dos sujeitos seja o de cooperar, de modo efetivo e pautado pela boa-fé numa eficiente administração da justiça.

O modelo de processo colaborativo tem respaldo na constituição Federal Brasileira, como visto no desenvolvimento do presente, e, pois isso resta garantida sua implementação. Entretanto, importante ressaltar que para o sucesso do referido modelo, se faz indispensável uma mudança de postura e de

⁷⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 7.ed., 2002, p.137.

⁷⁶ MACHADO, Marcelo Pacheco. Novo CPC, princípio da cooperação e processo civil do arco-íris. **JOTA.INFO**. Disponível em: <<http://jota.info/novo-cpc-principio-da-cooperacao-e-processo-civil-do-arco-iris>>. Acesso em: 03.mai.2016.

atitude daqueles que manejam o direito. Advogados, partes, juízes, promotores e defensores, é de fundamental relevância que todos lancem um novo olhar em relação ao processo civil, para que assim possa de fato servir ao fim em si destinado: mais que um mecanismo para executar o direito material e promover a justiça, um ambiente de diálogo e comparação de ideias, a serviço da garantia de direitos e da paz social.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Código de Processo Civil. Lei 13.105/2015, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades no processo moderno**: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CAMBI, Eduardo. NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo código de processo civil. **Revista de Direito Privado**. v. 64/2015, p. 219 – 259, Out - Dez / 2015. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad81815000001537d310d10ab9d0d0a&docguid=ldacdb160c57f11e5a052010000000000&hitguid=ldacdb160c57f11e5a052010000000000&spos=20&epos=20&td=1409&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 15.Mar.2016.

CALAMANDREI, Piero. Direito processual civil: Estudos sobre o processo civil. Campinas, SP: Bookseller, 1999. 3v.

CAVATI, Tais. Dias.; GAMA, João Felipe Calmon Nogueira da. **A Colaboração Judicial no Processo Civil**: Notas Sobre o Direito Projetado. In: Brandão, Fernanda Holanda de Vasconcelos; Maillart, Adriana Silva; Tavares Neto, José Querino. (Org.). Acesso à Justiça IXXIII Congresso Nacional do CONPEDI UFPB: João Pessoa. 23ed. João Pessoa, PB: CONPEDI, 2014, v., p. 8.

CHAVES, Christian Frau Obrador; MANDELLI, Alexandre Grandi. O dever de colaboração (entre e das partes) no processo civil constitucional e a efetiva prestação da tutela jurisdicional executiva: o dever fundamental do executado de nomear bens passíveis de penhora. **Revista da AGU**, Brasília, v.11, n.31, p. 143-179, jan./mar. 2012.

DIDIER JR., Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio. **Revista de processo**. São Paulo: RT, 2009, n. 171.

_____, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo - RePro**. Ano 3, nº198. Ago 2011.

_____, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

_____, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 127, set. 2005.

DE PLÁCIDO e Silva. **Vocabulário jurídico conciso**. Atualizadores Nagib Daibi Filho e Gláucia Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. Dos Princípios Processuais Constitucionais Implícitos decorrentes do Devido Processo Legal. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 19 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.46333&seo=1>>. Acesso em: 04.Nov.2015.

FRANCO, Marcelo Veiga e JAYME, Fernando Gonzaga. O princípio do contraditório no projeto do novo código de processo civil. **Revista de Processo**, vol. 227/2014, Jan/2014p. 335 – 359. Disponível em: <[http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=ioad8181500000150b111b514b5486ac7&docguid=l396d1060687811e382ba010000000000&hitguid=l396d1060687811e382ba010000000000&spos=41&epos=41&td=142&context=36&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=ioad8181500000150b111b514b5486ac7&docguid=l396d1060687811e382ba01000000000&hitguid=l396d1060687811e382ba010000000000&spos=41&epos=41&td=142&context=36&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 28.Out.2015.

FRANCO, Marcelo Veiga. Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o Art. 489, §1º, IV, do novo CPC. **Revista de Processo**, vol. 247/2015, p. 105 – 136. Set / 2015, DTR\2015\13183. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007a00000150c9e7c2230ef8a209&docguid=l57aad8c06fe011e586fc010000000000&hitguid=l57aad8c06fe011e586fc010000000000&spos=11&epos=11&td=3884&context=19&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 02.Nov.2015.

FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JUNIOR, Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Org.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. 1ed.Salvador: Juspodivm, 2013, v. 1.

GRASSI GOUVEA, Lúcio. Cognição processual civil. **Revista Dialética de direito processual**. São Paulo: Dialética, 2003, n. 6.

_____, Lucio. Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na Busca da Verdade Real. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 5. ed., rev. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2007.

GRASSO, Eduardo. **La collaborazione nel processo civile**. Rivista di Diritto Processuale, Padova, 1966.

LEÇA, Laíse Nunes Mariz. O princípio do contraditório como garantia de influência e não surpresa. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 07 maio 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.36821&seo=1>>. Acesso em: 18. Jan.2016.

LESSA, Guilherme Thofehrn. Ausência de colaboração e evidência do direito. **Revista de Processo** | vol. 246/2015 | p. 147 - 169 | Ago / 2015 | DTR\2015\13213. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad8181500000150aob25b1d1c126129&docguid=lo315b040723e11e5acdd010000000000&hitguid=lo315b040723e11e5acdd010000000000&spos=25&epos=25&td=3899&context=5&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 25. Out.2015.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Do Arbítrio à Razão. Reflexões sobre a Motivação das Sentenças. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 29.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Novo CPC, princípio da cooperação e processo civil do arco-íris. **JOTA.INFO**. Disponível em: <<http://jota.info/novo-cpc-principio-da-cooperacao-e-processo-civil-do-arco-iris>>. Acesso em: 03. Mai. 2016.

MINAMI, Marcos Youji. Os doze trabalhos do juiz Hércules. Desafios da magistratura brasileira no contexto da lei 13.105/2015. **Revista de Processo**. v. 250,2015, p. 437 – 460, Dez, 2015. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007900000153f34aofbd82aa7020&docguid=l7cd028e0bc1511e58agc010000000000&hitguid=l7cd028e0bc1511e58agc010000000000&spos=2&epos=2&td=83&context=15&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 07. Abr.2016.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. São Paulo: RT, 2009.

_____, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. **Revista de processo comparado**. v.2/2015, Jul-Dez 2015, p.83-97. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007a00000153969c8e9b680e614b&docguid=lb2432faocofb11e5a4e2010000000000&hitguid=lb2432faocofb11e5a4e2010000000000&spos=6&epos=6&td=433&context=15&startChunk=1&endChunk=1>>.

_____, Daniel. Colaboração no processo como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Steck. **Revista de Processo**, ano36, v.194, abril 2011.

MENDONÇA, Rodrigo Gomes de. Fundamentos e limitações constitucionais ao poder geral de efetivação das tutelas específicas. **Revista de Processo**, v. 192, ano 36, fev./2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. 4ª série. São Paulo, 1989.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 7.ed., 2002.

NUNES, Dierle. TEIXEIRA, Ludmila. Por um acesso à justiça democrático: primeiros apontamentos. *Revista de Processo*. São Paulo, 2013, v.217.

PINTO, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. 3. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1993.

RAATZ, Igor. **A colaboração no processo civil e o projeto do novo CPC**. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/274/2434>.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998

ROMERO, Micaela Aparecida Pasa. Deveres de colaboração do juiz para com as partes no processo civil cooperativo . **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4341, 21.mai. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33134>>. Acesso em 15. Mar.2016.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2 ed. Lisboa: Lex, 1997.

SOUZA, Artur César. O princípio da cooperação no projeto do novo código de processo civil. **Revista de Processo**, v. 225, ano 38, nov./2013, p. 65-80. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad81815000001547419e7c4e2ae988e&docguid=l2efba3do445111e3b768010000000000&hitguid=l2efba3do445111e3b768010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 02.Mai.2016.

STRECK, Lenio Luiz. Um Debate com (e sobre) o Formalismo-Valorativo de Daniel Mitidiero ou “Colaboração no Processo Civil” é um Princípio?. **Revista de Processo**, v. 213/2012, 2012, p. 13. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r&srguid=ioad8181500000153634c28aed629323a&docguid=l5e7d7f201cd911e28077010000000000&hitguid=l5e7d7f201cd911e28077010000000000&spos=9&epos=9&td=21&context=20&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 10.Mar.2016

_____, Lenio. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 3.ed.

_____, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2010. (O que é isto? 1).

THEODORO JR. Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre e PEDRON, Flávio. **Novo Código de Processo Civil - Fundamentos e Sistematização**. Forense. 2015. 1ª. ed.

_____, Humberto. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 102, set 2011.

_____, Humberto, DIERLE, Nunes, BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.151.

XAVIER, Marília Pedroso. e PUGLIESE, Willian Soares. Decisões surpresa e a inversão do ônus da prova. **Revista de Processo Comparado**. v.2/2015, Jul-Dez 2015, p.181-196. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r&srguid=ioad6007a00000153969c8e9b680e614b&docguid=l5e7d7f201cd911e28077010000000000&hitguid=l5e7d7f201cd911e28077010000000000&spos=7&epos=7&td=433&context=15&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 20. Mar.2016.

teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica na justiça do trabalho aplicada às sociedades de responsabilidade limitada (Ltda) e à empresa individual de responsabilidade limitada (eireli)

Lisiane Renata Kremer

Graduada em Direito pela Universidade Feevale.

E-mail: lisikremer@gmail.com.

Rafael Pereira

Mestre em Qualidade Ambiental pela Universidade Feevale. Professor do Curso de Direito da Universidade Feevale. Advogado.

E-mail: rafaelpereira@feevale.br.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a Teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica no âmbito do Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho. Por meio desta pesquisa busca-se esclarecer em quais fundamentos os juízes trabalhistas têm embasado suas decisões, em decorrência da omissão da Consolidação das Leis Trabalhistas quanto à teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica. Busca-se identificar se nos julgados trabalhistas restaram demonstrados a fraude e o abuso de direito cometidos pelos sócios da pessoa jurídica desconsiderada e, se foi ou não respeitada à segregação patrimonial pertinente aos sócios de sociedades de responsabilidade limitada e de Eireli. Por fim, examina-se se a decisão que julgou o pedido de desconsideração inversa está amparada pela Teoria da Decisão Judicial ou, se apresentou indícios do ativismo judicial. A pesquisa realiza-se em nível descritivo, usando os métodos de abordagem analítico e dedutivo, através da análise de teorias jurídicas, leis, jurisprudência e artigos jurídicos.

1 A PERSONALIDADE JURÍDICA E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A pessoa jurídica como se conhece atualmente surgiu em virtude da necessidade humana de “[...] agrupar-se para garantir a sua subsistência e realizar os seus propósitos.”¹ Mas, foi somente após a Revolução Francesa, já na idade Contemporânea, que o direito, embasado no liberalismo econômico da época, criou um ente abstrato que responde por seus débitos e possui autonomia patrimonial e jurídica que é, atualmente, denominado de pessoa jurídica.²

Para Coelho a personificação da sociedade traz as seguintes consequências:

[...] a sociedade terá patrimônio próprio, seu, inconfundível e incomunicável com o patrimônio individual de cada um de seus sócios. Sujeito de direito personalizado autônomo, a pessoa jurídica responderá com o seu patrimônio pelas obrigações que assumir. Os sócios, em regra, não responderão pelas obrigações da sociedade. Somente em hipóteses excepcionais, poderá ser responsabilizado o sócio pelas obrigações da sociedade.³

¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1, p.231.

² CLAUS, Ben-Hur Silveira. *A Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica na Execução Trabalhista e a pesquisa eletrônica de bens de executados*. In: *Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região/Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*. v. 1. Porto Alegre: Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 2009. Disponível em: <www.trt4.jus.br/ItemPortlet/download/53776/CadernoEJ-n.08-2014.pdf>. Acesso em 24 ago. 15

³ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 5, p. 144.

Em resumo, pode-se dizer que “a personalização das sociedades empresárias resulta em três consequências: titularidade negocial, titularidade processual e responsabilidade patrimonial”.⁴

Segundo Gaiño, pode-se afirmar que “a personificação das sociedades é, em última análise, uma criação técnica, um recurso que o legislador põe a disposição dos homens para que cumpram fins que o Direito não desaprove”.⁵ Deste modo, uma vez “reconhecida a personalidade jurídica nas sociedades regulares, o particular pode explorar atividade econômica com limitação de prejuízos pessoais”.⁶

Ademais, Coelho ressalta que em virtude das sociedades limitadas apresentarem as características da limitação da responsabilidade e da contratualidade, tornaram-se tipos societários interessantes aos olhos dos investidores. Assim, verifica-se sem muito esforço que a sociedade de responsabilidade limitada é um tipo de sociedade empresária bastante comum na atualidade. Destarte, Coelho afirma que “a sociedade limitada é o tipo societário de maior presença na economia brasileira. Introduzida no nosso direito em 1919, ela representa hoje mais de 90% das sociedades empresárias registradas nas Juntas Comerciais”.⁷

Entretanto, a legislação brasileira vedava a instituição de sociedade unipessoal, o que acabou por permitir a utilização de sócios de fachada (laranjas) para que o empresário atendesse os requisitos necessários e pudesse explorar a atividade econômica. Por isso, o legislador percebeu que essa situação se repetia reiteradamente e, em virtude dessa constatação, o Código Civil foi alterado pela Lei 12.441/11 “[...] para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada, por alguns chamada a partir de sua abreviação: Eireli”.⁸

2 ASPECTOS GERAIS E RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS: A PERSONALIDADE JURÍDICA DAS SOCIEDADES LIMITADAS

A limitação da responsabilidade civil propicia que os investidores tenham garantias de que não irão perder mais do que investiram, permitindo desse modo o surgimento e a propagação de novas empresas. Uma coisa é perder parte de um investimento, sem ter seu patrimônio pessoal atingido e, outra,

⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 5, p. 144 - 145.

⁵ GAINO, Itamar. *Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.148.

⁶ DINIZ, Maria Helena. *Direito da empresa*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 8.

⁷ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 5, p. 186.

⁸ MAMEDE, Gladston. *Manual de Direito Empresarial*. 6. ed. São Paulo: Editara Atlas, 2012 – p.22.

bastante diversa, é expor todo o seu capital ao perigo de um novo empreendimento não ser bem-sucedido, sem ter qualquer limitação do quanto se pode perder com este investimento.⁹

Livonesi aduz que, na falta de previsão legal que prescreva responsabilidade aos sócios pelo pagamento das verbas trabalhistas quando a sociedade limitada não tem patrimônio suficiente, a Justiça Laboral tem direcionado a execução de condenações judiciais contra todos os sócios. Isso ocorre em virtude da “busca da igualdade jurídica entre empregador e empregado, tendo como escopo principal a justiça social”, pois, para a Justiça Trabalhista “o empregado é visto como hipossuficiente econômico, não podendo suportar os riscos do empreendimento administrado pelo seu empregador, pois não participa dos lucros.” Por fim, ressalta que os sócios deverão responder pelas dívidas trabalhistas em caso de falta de patrimônio social para suportar a execução dos débitos trabalhistas.¹⁰

Assim, da leitura do art. 1024 do CC e do art. 795 do Novo CPC pode-se depreender que a responsabilidade dos sócios pelas dívidas da sociedade é subsidiária, sendo necessário o exaurimento do patrimônio social para que se possam executar seus bens particulares.¹¹

Contudo, a limitação da responsabilidade do titular da EIRELI não é absoluta, conforme Xavier, uma vez que se podem aplicar formas próprias que legitimem o afastamento desta prerrogativa, sendo uma delas a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do CC).¹²

No mesmo sentido, Gaino aduz que o patrimônio do titular da EIRELI não terá garantia absoluta de intangibilidade pela mera criação dela e, “responderá excepcionalmente com seu patrimônio pessoal por obrigações fiscais, trabalhistas, previdenciárias e outras, nas situações fáticas tipificadas como ilícitas, pois ensejadoras de responsabilidade.”¹³ Acrescenta que “[...] haverá responsabilidade do titular da empresa individual de responsabilidade limitada por abuso de

⁹ PALHARES, Felipe. *A aplicação da teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica à luz do ordenamento jurídico brasileiro*. In: Revista de Direito Civil Contemporâneo. v. 3, p. 55–80, Abr. - Jun., 2015. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad8181500000153536de5dab5604d6b&docguid=l32fdc2a0f87911e4b81f01000000000&hitguid=l32fdc2a0f87911e4b81f010000000000&spos=11&epos=11&td=16&context=231&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 07 mar. 2016.

¹⁰ LIVONESI, André Gustavo. Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada. *Revista de Direito Privado*. v. 20, p. 53 - 70, Out./Dez., 2004; *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*. v. 3, p. 293-314, Out., 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007900000151015a3edaf27cf9cb&docguid=l72990d30f2511dfab6f010000000000&hitguid=l72990d30f2511dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=4000&context=5&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

¹¹ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 5, p. 147.

¹² XAVIER, José Tadeu Neves. *Reflexões sobre a empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI)*. In: Revista de Direito Privado. v. 54, p. 197 - 233, Abr./Jun., 2013. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007900000150c4327f042879d77c&docguid=l72990d30f2511dfab6f010000000000&hitguid=l72990d30f2511dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

¹³ GAINO, Itamar. *Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.27.

direito ou fraude, caso em que se justificará a desconsideração da personalidade jurídica da empresa”, que poderá ser aplicada com amparo legal previsto no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor, na Lei Antitruste (Lei n. 8.884/94) e na Lei do Meio Ambiente (Lei n. 9.605/98).¹⁴

3 DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A limitação da responsabilidade de alguns tipos societários não pode servir para acobertar atos ilícitos, concretizados com o abuso da personalidade jurídica para tentar escapar das consequências que seriam inevitáveis caso tais atos fossem praticados pela pessoa física dos sócios da empresa. Foi sob este prisma que emergiu na doutrina a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, com o fito de conter os abusos e as fraudes que começaram a ser realizados por meio das pessoas jurídicas, possibilitando que o patrimônio dos sócios fosse responsabilizado quando demonstradas algumas situações específicas.¹⁵

De acordo com Requião, “se a personalidade jurídica constitui uma criação da lei, como concessão do Estado objetivando a realização de um fim [...]” nada mais justo que o próprio Estado, por meio da justiça, verificar se o direito concedido está sendo usado de forma adequada e, em virtude disso, “personalidade jurídica passa a ser considerada doutrinariamente um direito relativo, permitindo ao juiz penetrar o véu da personalidade para coibir os abusos ou condenar a fraude, através de seu uso”.

A doutrina da desconsideração retira o caráter absoluto que reveste a personalidade jurídica, levantando o véu que a encobre, com a finalidade de indagar certos atos dos sócios ou o destino de certos bens. Constitui-se, dessa maneira, “concessão da personalidade jurídica com um significado ou um efeito relativo, e não absoluto [...]”, pois, permite questionar-se sua essência.¹⁶

¹⁴ GAINO, Itamar. *Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.29.

¹⁵ PALHARES, Felipe. *A aplicação da teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica à luz do ordenamento jurídico brasileiro*. In: Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 3, p. 55–80, Abr. - Jun., 2015. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad8181500000153536de5dab5604d6b&docguid=l32fdc2aof87911e4b81f01000000000&hitguid=l32fdc2aof87911e4b81f01000000000&spos=11&epos=11&td=16&context=231&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 07 mar. 2016.

¹⁶ REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)*. In: Revista dos Tribunais. v. 803, p. 751 - 764, Set., 2002. Doutrinas Essenciais de Direito Civil. v. 3, p. 1239 - 1261, Out., 2010. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos. v. 2, p. 733 - 752, Jun., 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad81816000001533dd09250b54482c&docguid=l9fc282406dad11e1bee400008517971a&hitguid=l9fc282406dad11e1bee400008517971a&spos=1&epos=1&td=145&context=83&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 01 abr. 2016.

Corroborando esse entendimento, Tomazette conceitua a referida teoria deste modo:

[...] a retirada episódica, momentânea e excepcional da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a fim de estender os efeitos de suas obrigações à pessoa de seus titulares, sócios ou administradores com o fim de coibir o desvio da função da pessoa jurídica, perpetrado por estes.¹⁷

O artigo 50 do Código Civil consagra a teoria em comento ao dispor que o juiz poderá decidir a requerimento da parte ou do Ministério Público, no caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações seja estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios das pessoas jurídicas.¹⁸

O instituto da desconsideração também se encontra previsto no parágrafo 5º, do artigo 28, da Lei n. 8.078/90 (CDC)¹⁹. De acordo com Leite a referida norma pode ser aplicada, por analogia, ao processo do trabalho “sempre que sua personalidade for de alguma forma obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos trabalhadores”.²⁰

A teoria da desconsideração é um importante instrumento para coibir fraudes e abuso de direito pelos sócios por meio da pessoa jurídica. Por outro lado, verifica-se que a doutrina não é uníssona, havendo três correntes, conforme leciona Tomazzete: teoria menor, teoria maior objetiva e teoria maior subjetiva.

A seguir abordar-se-ão as definições das três correntes, dando-se maior ênfase a Teoria Menor que é adotada pela Justiça do Trabalho.

Com relação à Teoria maior subjetiva, Gaino explica que se tem lugar “[...] quando o abuso de direito é marcado pelo desvio de finalidade de pessoa jurídica, caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros [...]”.²¹ Na mesma linha é o entendimento de Tomazette:

Uma primeira vertente pode ser chamada de teoria subjetiva, na qual o pressuposto fundamental da desconsideração é o desvio da função da pessoa jurídica, que se constata na fraude e no abuso de direito relativos à autonomia patrimonial, pois a desconsideração nada mais é do que uma

¹⁷ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 1, p. 239.

¹⁸ BRASIL. *Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 18 jun. 2015.

¹⁹ BRASIL. *Lei n.º 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/L8078compilado.htm> Acesso em: 18 mai. 2016.

²⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito Processual do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2013, pg. 1133.

²¹ GAINO, Itamar. *Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 161-162.

forma de limitar o uso da pessoa jurídica aos fins para os quais ela é destinada. A autonomia patrimonial da pessoa jurídica só subsiste quando ela é usada para seus devidos fins, isto é, quando ela não se confunde com os seus sócios e quando não é utilizada para fins não merecedores de tutela de acordo com o ordenamento jurídico.²²

Já, a teoria maior objetiva pressupõe confusão patrimonial e abuso de direito. São pressupostos mínimos para a aplicação da teoria maior da desconsideração a fraude e o abuso de direito vinculados à autonomia patrimonial.²³ Sobre esta corrente, Gaino apresenta o seguinte conceito:

É objetiva quando o abuso de direito é marcado pela confusão patrimonial entre sociedade e sócios. Os sócios transferem os bens sociais para seus acervos particulares, com o objetivo de frustrar execuções contra a sociedade ou, em situação inversa, transferem seus bens particulares para o acervo social, buscando frustrar execuções de iniciativa de seus credores.²⁴

Nesta senda é o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal de Justiça sobre a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, consoante resta demonstrado pelo teor do acórdão proferido no julgamento do Recurso Especial nº 279.273, pela Ministra Nancy Andriahi:

A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).²⁵

Portanto, em outras palavras, pode-se dizer que “para a teoria maior, a desconsideração só pode ocorrer se houver abuso da personalidade jurídica, caracterizada pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial”.

²² TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 1, p. 244.

²³ VIDO, Elisabete. *Curso de Direito Empresarial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 150.

²⁴ GAINO, Itamar. *Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 162.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 279.273 - SP (2000/0097184-7)*. Relatora Ministra Nancy Andriahi. Data do julgamento: 29 mar. 2004. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1066285&num_registro=200000971847&data=20040329&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 01 set. 2015.

Palhares examina a adoção irrestrita da teoria da desconsideração, da forma como disposta no Código de Defesa do Consumidor, por entender que implica violação aos pressupostos de segregação patrimonial e limitação de responsabilidade, pilares importantes para o desenvolvimento econômico e industrial. Este autor considera que o art. 28 do CDC descaracterizou a finalidade da teoria da desconsideração, ao valer-se da *disregard doctrine* como sanção aos atos de má administração empresarial, falência, violação à lei ou qualquer outro ato ilícito. Na interpretação de Palhares, esses assuntos já estariam regulados por outras legislações, como o Código Tributário Nacional, a Lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades por ações) e o Código Civil, já existindo, portanto sanções específicas que não restariam prejudicadas pela personalidade jurídica das sociedades empresárias.²⁶

Por outro lado, a Teoria Menor defende a aplicação da teoria da desconsideração quando ocorrer o mero inadimplemento de um crédito, independentemente do ânimo de fraudar. Pode-se afirmar que “se a sociedade não tiver patrimônio para honrar suas obrigações, mas os sócios forem solventes, deve-se aplicar a desconsideração da personalidade jurídica”.²⁷

Neste sentido é também o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça acerca da Teoria Menor, consoante decisão proferida no julgamento do Recurso Especial nº 279.273, pela Ministra Nancy Andrighi ao referir que a expressão teoria menor “é usada para identificar as regras legais específicas que admitem a desconsideração quando há o mero prejuízo do credor, ou seja, a simples insolvência da pessoa jurídica (art. 28, 5º, do CDC, e art. 4º da Lei 9.605/1998)”.²⁸

Para a Teoria Menor mesmo que inexistir qualquer prova hábil a demonstrar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios ou administradores da pessoa jurídica, são esses, os sócios, ainda que demonstrem conduta administrativa proba, que devem suportar o risco empresarial inerente às atividades econômicas e, não o terceiro que contratou com a pessoa jurídica. Assim, “no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria menor da desconsideração foi adotada, excepcionalmente, no Direito Ambiental (Lei nº. 9605/98, art. 4º) e no Direito do Consumidor (CDC, art. 28, § 5º)”.²⁹

²⁶ PALHARES, Felipe. A aplicação da teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica à luz do ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 3, p. 55 – 80, Abr. - Jun., 2015. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad818150000153536de5dab5604d6b&docguid=132fdc2a0f87911e4b81f01000000000&hitguid=132fdc2a0f87911e4b81f01000000000&spos=11&epos=11&td=16&context=231&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

²⁷ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 1, p. 246.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 279.273 - SP (2000/0097184-7)*. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 29 mar. 2004. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1066285&num_registro=20000971847&data=20040329&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 01 set. 2015.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 279.273 - SP (2000/0097184-7)*. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 29 mar. 2004. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1066285&num_registro=20000971847&data=20040329&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 01 set. 2015.

Segundo Ribeiro e para Villatore “tanto a doutrina quanto a jurisprudência trabalhistas têm adotado a desconsideração da personalidade jurídica de forma ampla (teoria menor), ou seja, pelo simples fato da inexistência de bens livres e desembaraçados da executada (pessoa jurídica)”.³⁰

Palhares critica a utilização da indiscriminada da Teoria Menor pela justiça trabalhista ao afirmar que o conceito de desconsideração da personalidade jurídica foi gradativamente ampliado, observando-se em diversos casos concretos que a teoria foi aplicada sem observação dos requisitos essenciais, fugindo-se aos pressupostos objetivos insculpidos no artigo 50 do CC.³¹

Entretanto, Godinho Delgado defende que no âmbito justrabalhista a concepção do empregador é sem dúvida mais ampla, de forma a garantir a efetividade dos direitos sociais fundamentais trabalhistas pelo patrimônio dos sócios das empresas, na hipótese de frustração da execução, no que tange o patrimônio da respectiva sociedade empregadora, sem ser necessária “[...] a comprovação de fraude ou vícios congêneres na gestão da sociedade ou no uso da fórmula da pessoa jurídica”.³²

Oliveira refere que “para o Direito do Trabalho não importa se o trabalhador prestou serviço para uma sociedade de responsabilidade limitada ou ilimitada, pois, “[...] não se perquire se o sócio teria agido com dolo ou culpa, pois sua responsabilidade está diretamente ligada ao risco do negócio”, pois, aquele que obtém proveito do negócio também deve suportar seus encargos.³³

Além disso, Godinho Delgado aduz que na Justiça do Trabalho “a execução pode se dirigir ao patrimônio do sócio sem que ele tenha constado expressamente do título executivo judicial” enquanto que, no grupo econômico e na terceirização “é da essência da lide discutir-se e definir-se a existência das figuras do grupo e da terceirização” e, isto “implica a necessidade de franco contraditório (art. 5º, LV, CF/88).” Entretanto, este autor ressalta que hoje seria possível alegar a tese do grupo econômico diretamente na execução, pois, foi cancelada a Súmula 205 do TST.³⁴

³⁰ RIBEIRO, Luiz Alberto Pereira; VILLATORE, Marco Antônio César. Aplicabilidade ou não do novo Código de Processo Civil ao processo do Trabalho no âmbito da tutela executiva jurisdicional sob a luz dos princípios fundamentais. In: DALLEGRAVE NETO, José Afonso; GOULART, Rodrigo Fortunato (Coord.). **Novo CPC e o Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2016, pg. 265.

³¹ PALHARES, Felipe. A aplicação da teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica à luz do ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 3, p. 55–80, Abr. - Jun., 2015. Disponível em: < <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad8181500000153536de5dab5604d6b&docguid=l32fdc2aof87911e4b81fo1000000000&hituid=l32fdc2aof87911e4b81fo1000000000&spos=11&epos=11&td=16&context=231&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

³² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 540.

³³ OLIVEIRA, Francisco Antônio. **Comentários à execução do novo Código de Processo Civil: enfoques civilistas e trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2016, p. 12.

³⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 543.

4 A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA: ATUALIDADES À LUZ DO PROCESSO DO TRABALHO

Schiavi afirma que “a moderna doutrina, diante dos princípios da boa-fé objetiva e da função social da atividade empresarial, tem defendido a aplicação da teoria inversa da desconsideração da personalidade jurídica.” Segundo este autor, a teoria inversa equivale a “[...] responsabilizar o patrimônio da pessoa jurídica por atos praticados por seus dirigentes de forma abusiva ou ilícita, por interpretação evolutiva e teleológica dos artigos 50 do CC e 28 do CDC”.³⁵

Neste sentido, Claus afirma que “[...] a desconsideração inversa da personalidade jurídica opera para coibir a confusão patrimonial entre sócio e sociedade, responsabilizando a sociedade por obrigações do sócio que oculta seu patrimônio pessoal no patrimônio da sociedade”.³⁶

Teixeira Filho refere que a desconsideração inversa evidencia-se por se atribuir responsabilidade à pessoa jurídica em virtude de ato cometido por sócio desta, “[...] como ocorre, por exemplo, quando o sócio transfere bens de sua propriedade para a sociedade, com o objetivo de ocultar o seu patrimônio em face de ação ou execução, atual ou futura contra ele dirigida.” Em outros termos, “[...] nessa espécie de desconsideração, o sócio faz uso abusivo (e fraudulento) da sociedade de que participa, com o objetivo de ocultar seu patrimônio material, ou seja, dele, sócio”.³⁷

Compartilhando deste entendimento Tomazette afirma ser “[...] possível que o sócio use a pessoa jurídica para esconder o seu patrimônio pessoal dos credores, transferindo-o por inteiro à pessoa jurídica e evitando com isso o acesso dos credores a seus bens”.³⁸

Schiavi assevera que a jurisprudência trabalhista tem atingido o patrimônio da pessoa jurídica para quitar dívidas dos sócios em duas hipóteses. A primeira hipótese ocorre quando o sócio da empresa executada em demanda trabalhista também é sócio de outra empresa que é solvente. Enquanto que a segunda hipótese ocorre quando o sócio da empresa executada também é sócio de outras empresas, configurando o grupo econômico.³⁹

³⁵ SCHIAVI, Mauro. Desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista. Impactos do Novo CPC. In: DALLEGRAVE NETO, José Afonso; GOULART, Rodrigo Fortunato (Coord.). *Novo CPC e o Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2016, p. 281.

³⁶ CLAUS, Ben-Hur Silveira. A Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica na Execução Trabalhista e a Pesquisa eletrônica de Bens de executados. In: *Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região. Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*. v.1, 2009.

³⁷ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao novo código de processo civil sob perspectiva do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015, p. 234.

³⁸ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 1, p.280.

³⁹ SCHIAVI, Mauro. Desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista. Impactos do Novo CPC. In: DALLEGRAVE NETO, José Afonso; GOULART, Rodrigo Fortunato (Coord.). *Novo CPC e o Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2016, p. 282.

No julgamento do Recurso Especial nº 948.117, pelo Superior Tribunal de Justiça, a Ministra Nancy Andrigui expôs a seguinte tese sobre a desconsideração inversa da personalidade jurídica:

De início, impende ressaltar que a desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio. Conquanto a consequência de sua aplicação seja inversa, sua razão de ser é a mesma da desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita: combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios. Em sua forma inversa, mostra-se como um instrumento hábil para combater a prática de transferência de bens para a pessoa jurídica sobre o qual o devedor detém controle, evitando com isso a excussão de seu patrimônio pessoal.⁴⁰

Ressalta-se que a desconsideração inversa da personalidade jurídica não foi, até o presente momento, regada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Por conseguinte, sua aplicação é fruto da jurisprudência e da doutrina que, ante a ausência de normas próprias, têm se amparado na regra do artigo 50 do Código Civil.⁴¹

Palhares reprovava a utilização indiscriminada pelo judiciário trabalhista da desconsideração inversa da personalidade jurídica “[...] sem respeito a qualquer critério jurídico determinado, mas como medida de pretensa justiça social, em razão de possível clamor popular [...]” e, ressalta que esta postura pode trazer graves prejuízos ao sistema jurídico estabelecido. Assevera que a desconsideração, especialmente na modalidade inversa, deve ser utilizada em caráter excepcional “[...] devendo ser robustamente comprovado o abuso de direito e insolvência do devedor, haja vista o potencial de ocasionar a descapitalização da sociedade e, inclusive, sua possível quebra e o encerramento de sua atividade”.⁴²

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 948.117 - MS (2007/0045262-5)**. Relatora Ministra Nancy Andrigui. Data do Julgamento: 22 jun. 2010. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700452625&dt_publicacao=03/08/2010>. Acesso em: 12 mai. 2016.

⁴¹ SOARES, Alexandre Oliveira. **Desconsideração inversa da personalidade jurídica e efetividade da tutela executiva trabalhista**. São Paulo: LTr, 2015, p.77.

⁴² PALHARES, Felipe. A aplicação da teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica à luz do ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 3, p. 55 – 80, Abr. - Jun., 2015. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=r1&srguid=ioad8181500000153536de5dab5604d6b&d ocguid=l32fdc2a0f87911e4b81fo1000000000&hitguid=l32fdc2a0f87911e4b81fo1000000000&spos=11&epos=11&td=16&context=231&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

Palhares faz referência à necessidade de uma regulamentação específica, com parâmetros objetivos e bem definidos, elaborados particularmente para adequar a modalidade inversa ao propósito maior da *disregard doctrine* e, que observe o princípio da segregação patrimonial enquanto impossibilite o abuso por meio da pessoa jurídica.⁴³

Entretanto, Ribeiro e Villatore asseveram que a aplicação da teoria inversa da desconsideração da personalidade jurídica garante, no próprio processo de execução trabalhista, em sede de embargos à execução, o contraditório e a ampla defesa à empresa, seus sócios e ex-sócios.⁴⁴

Atualmente, o maior desafio encontrado pelo Poder Judiciário é a ausência de efetividade das decisões judiciais, por isso, torna-se necessário o diálogo e a integração das normas processuais civis e trabalhistas “com vistas a oportunizar a efetiva e adequada prestação jurisdicional executiva, sem perder de vista a evolução histórica do Direito Processual do Trabalho pautada nas suas ideologias e princípios fundamentais”.⁴⁵

No processo trabalhista, a desconsideração da personalidade jurídica dos sócios era realizada no próprio processo durante a execução. Entretanto, o Novo Código de Processo Civil instituiu, nos artigos 133 a 137, o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica (IDPJ). Teixeira Filho afirma que não existia uma norma processual específica, regulamentando o procedimento para alcançar-se, em juízo, a desconsideração da personalidade jurídica e, “a ausência dessa norma conduzia uma diversidade de procedimentos, estabelecidos conforme fosse o entendimento de cada magistrado”.⁴⁶

A aplicação do instituto é controvertida no âmbito laboral.

Schiavi elenca alguns argumentos que justificariam a aplicação do referido incidente. O primeiro argumento é a ausência de normas trabalhistas quanto à questão. Já, o segundo, é que a Justiça laboral embasa as decisões de desconsideração da personalidade jurídica direta e inversa em legislação de direito material do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. O terceiro, o refere-se à falta de obediência ao devido processo legal, pois não é dada a

⁴³ PALHARES, Felipe. A aplicação da teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica à luz do ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 3, p. 55 – 80, Abr. - Jun., 2015. Disponível em: < <http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=r1&sruid=ioad8181500000153536de5dab5604d6b&d ocguid=l32fdc2aof87911e4b81f01000000000&hitguid=l32fdc2aof87911e4b81f01000000000&spos=11&epos=11&td=16&context=231&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

⁴⁴ RIBEIRO, Luiz Alberto Pereira; VILLATORE, Marco Antônio César. Aplicabilidade ou não do novo Código de Processo Civil ao processo do Trabalho no âmbito da tutela executiva jurisdicional sob a luz dos princípios fundamentais. In: DALLEGRAVE NETO, José Afonso; GOULART, Rodrigo Fortunato (Coord.). *Novo CPC e o Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2016, pg. 266.

⁴⁵ RIBEIRO, Luiz Alberto Pereira; VILLATORE, Marco Antônio César. Aplicabilidade ou não do novo Código de Processo Civil ao processo do Trabalho no âmbito da tutela executiva jurisdicional sob a luz dos princípios fundamentais. In: DALLEGRAVE NETO, José Afonso; GOULART, Rodrigo Fortunato (Coord.). *Novo CPC e o Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2016, pg.265.

⁴⁶ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao novo código de processo civil sob perspectiva do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015, p. 234.

oportunidade de contraditório ao sócio ou à pessoa jurídica, no caso de desconsideração inversa, antes de atingir sua esfera patrimonial. Por fim, o último argumento é a justiça e o equilíbrio do procedimento.⁴⁷

Silva assevera que “na Justiça do Trabalho a desconsideração é aplicada em inúmeras situações sem que se atente para os requisitos previstos em lei”. Para este autor, a justiça laboral tem aplicado a desconsideração de uma forma que viola os princípios do contraditório e do devido processo legal, além de violar também a distribuição do ônus da prova. Diante disso, Silva entende ser imperioso o estabelecimento de um processo de conhecimento para a desconsideração e, o Novo CPC veio preencher esta lacuna normativa ao disciplinar o incidente de desconsideração nos seus artigos 133 a 137.⁴⁸

Quanto ao disposto no artigo 135 do Novo CPC, Silva aduz que no âmbito do processo trabalhista “o estabelecimento de um prévio contraditório para a instauração do incidente terá o condão de evitar eventuais injustiças que possam ser cometidas por inobservância dos pressupostos e requisitos da desconsideração da personalidade jurídica.”⁴⁹

Schiavi entende que, caso se admita o IDPJ, serão necessárias algumas adaptações ao Processo do Trabalho, entre elas, a “instauração de ofício pelo Juiz do Trabalho (artigo 878, da CLT)”. Além disso, seria necessário retirar do IDPJ o “efeito suspensivo (considerando-se a natureza alimentar do crédito, e a celeridade do procedimento, bem como o princípio da duração razoável do processo).” Já, o ônus da prova deveria ser atribuído “ao sócio ou à pessoa jurídica, uma vez que o trabalhador não tem condições de comprovar o ato *ultra vires*.” Outrossim, seria imprescindível “a garantia prévia do juízo, com bloqueio cautelar de bens” para evitar a transferência deles e, assegurar a satisfação da execução em prazo razoável. Por fim, seria necessário retirar o efeito suspensivo do recurso da em face da decisão que resolve o incidente, pois, o sistema processual trabalhista posterga o contraditório quanto às decisões interlocutórias (art. 893, da CLT).⁵⁰

Por outro lado, de acordo com Silva, o IDPJ deverá ser adotado pela Justiça do Trabalho, pois, esta justiça especializada tem violado o contraditório e o devido processo legal ao desconsiderar a personalidade jurídica dos executados pelo mero fato de não ter localizado bens e, ao aplicar o instituto, sem

⁴⁷ SCHIAVI, Mauro. Desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista. Impactos do Novo CPC. In: DALLEGRAVE NETO, José Afonso; GOULART, Rodrigo Fortunato (Coord.). **Novo CPC e o Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2016, p. 283.

⁴⁸ SILVA, Bruno Freire e. **O novo CPC e o processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2015. v.1. p.117.

⁴⁹ SILVA, Bruno Freire e. **O novo CPC e o processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2015. v.1. p.119.

⁵⁰ SCHIAVI, Mauro. Desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista. Impactos do Novo CPC. In: DALLEGRAVE NETO, José Afonso; GOULART, Rodrigo Fortunato (Coord.). **Novo CPC e o Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2016, p. 283.

previa oportunidade de o sócio se defender. Além disso, a Justiça Trabalhista tem infringido as regras de distribuição de ônus da prova ao desconsiderar a personalidade jurídica.⁵¹

Oliveira Silva adverte que se a jurisprudência trabalhista instituir entendimento na direção de que o IDPJ é aplicável ao processo do trabalho, isso acarretará uma nova postura por parte dos trabalhadores, que incluirão no polo passivo do processo “[...] todos os atuais e ex-sócios da sociedade empregadora, tumultuando de tal modo o processo em sua fase de conhecimento, que isso ocasionará um retardamento inaceitável na entrega da prestação jurisdicional”.⁵²

Schiavi assevera que “a hipossuficiência do credor trabalhista e a natureza alimentar do crédito autorizam o Juiz do Trabalho a postergar o contraditório na desconsideração após a garantia do júízo pela penhora”.⁵³

Neste diapasão, Ribeiro e Villatore elencam diversos argumentos que justificam a inaplicabilidade do IDPJ ao Processo do Trabalho, sendo um deles referente à suspensão do processo, a partir do pedido de instauração do incidente, tendo em vista que isto “[...] contraria o princípio trabalhista da celeridade processual e o princípio recursal da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, ao contrário do Código de Processo Civil que prevê a possibilidade de interposição de agravo de instrumento”.⁵⁴

No mesmo sentido, Oliveira Silva menciona que no processo trabalhista não se impõe a demonstração inequívoca dos requisitos previstos em lei, como os do artigo 50 do CC, porque pode ser utilizado o artigo 28 do CDC e, ademais, a jurisprudência trabalhista está consolidada no sentido de que a mera insolvência da sociedade devedora autoriza a desconsideração de sua personalidade “[...] tendo em vista que todos os sócios que participaram da sociedade ao tempo da constituição da obrigação trabalhista por ela respondem, por se tratar da satisfação de crédito de natureza alimentar”.⁵⁵

⁵¹ SILVA, Bruno Freire e. *O novo CPC e o processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015. v.1. p.118.

⁵² DIAS, Carlos Eduardo Oliveira *et al.* *Os comentários ao Novo CPC e sua aplicação ao Processo do Trabalho. Parte geral: art. 1 a 317. Atualizado conforme a Lei n. 13.256/2016*. São Paulo: LTr, 2016, v. 1, p.194.

⁵³ SCHIAVI, Mauro. Desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista. Impactos do Novo CPC. In: DALLEGRAVE NETO, José Afonso; GOULART, Rodrigo Fortunato (Coord.). *Novo CPC e o Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2016, p. 283.

⁵⁴ RIBEIRO, Luiz Alberto Pereira; VILLATORE, Marco Antônio César. Aplicabilidade ou não do novo Código de Processo Civil ao processo do Trabalho no âmbito da tutela executiva jurisdicional sob a luz dos princípios fundamentais. In: DALLEGRAVE NETO, José Afonso; GOULART, Rodrigo Fortunato (Coord.). *Novo CPC e o Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2016, pg. 265-266.

⁵⁵ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira *et al.* *Os comentários ao Novo CPC e sua aplicação ao Processo do Trabalho. Parte geral: art. 1 a 317. Atualizado conforme a Lei n. 13.256/2016*. São Paulo: LTr, 2016, v. 1, p. 193-194.

Nesta senda, Schiavi sustenta que o IDPJ “provoca complicadores desnecessários à simplicidade do procedimento da execução trabalhista” podendo até inviabilizar a efetividade da execução.⁵⁶

Por fim, Godinho Delgado assevera que o Novo CPC é assunto ainda muito recente e, em virtude disso, “será necessária ainda significativa maturação doutrinária e jurisprudencial [...]” para que o debate reste pacificado.⁵⁷

Apesar das controvérsias, a Instrução Normativa nº 39/2016 do TST determinou a aplicação ao Processo do Trabalho do “[...] incidente de desconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878)”.⁵⁸

Tal medida permitirá a dilação probatória no caso de desconsideração da personalidade jurídica (direta ou inversa), o que atende ao princípio do contraditório e da ampla defesa, além de garantir a execução pelo meio menos gravoso. Por outro lado, acabará por ofender a razoável duração do processo e a própria efetividade da execução, que se dá em favor do exequente.

5 A TEORIA INVERSA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA SOB A ÓTICA DA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

No que tange ao problema do ativismo judicial, Aboud e Lunelli asseveram que alguns magistrados brasileiros precisam entender que viver em um Estado de Direito equivale a dizer que “[...] ninguém, nem mesmo um juiz, tem o direito de ignorar os textos legais.” Este problema hermenêutico revela a “invasão da vontade dos julgadores no desfecho das decisões jurisdicionais” e orienta um modelo indesejado de magistratura, que deve ser combatido, pois, revela-se lesivo para o regime democrático.⁵⁹

⁵⁶ SCHIAVI, Mauro. Desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista. Impactos do Novo CPC. In: DALLEGRAVE NETO, José Afonso; GOULART, Rodrigo Fortunato (Coord.). *Novo CPC e o Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2016, p. 283-284.

⁵⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15 ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 546.

⁵⁸ BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 mai. 2016.

⁵⁹ ABOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia. *Revista de Processo*. v. 242. p. 21 – 47, Abr., 2015; *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. V.7, p.1295-1321, Ago. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/latestupdates/document?&src=r1&srcguid=ioad81816000001535385b4661276c62b&docguid=lef532e90418511e5b17b01000000000&hitguid=lef532e90418511e5b17b01000000000&spos=3&epos=3&td=4000&context=485&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 20 mai. 2016.

Nesta senda, Aboud e Lunelli definem o ativismo judicial como uma das faces da discricionariedade, ou seja, “[...] ocorre quando a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar ou travar alguma mudança social.” Portanto, ativismo judicial refere-se a uma decisão que se pauta na convicção do julgador e não na legalidade vigente. O ativismo judicial apresenta-se quando “a determinação do Direito passa a depender da subjetividade daquele que decide, como se o sentido dos textos pertencessem ao intérprete”.⁶⁰

Neste sentido, Streck aduz que “um juiz pratica ativismo sempre que, relegando o jurídico a um segundo plano, decide com base em suas predisposições políticas, econômicas, religiosas, ou mesmo conforme suas próprias convicções”. Streck define o ativismo judicial como “um problema solipsista-comportamental, decorrente do “assenhramento” das leis pelos julgadores – como se estes, a depender de sua vontade, pudessem livremente dispor do sentido e aplicação daquelas”.⁶¹

Luiz explica que há o solipsismo interpretativo quando o Direito é substituído por aquilo que o intérprete acredita que o Direito é, causando grave prejuízo à Democracia, pois “[...] ocorre o desvirtuamento daquilo que os representantes legitimamente escolhidos fixaram como regras gerais de convívio social”.⁶²

Desta maneira, Aboud e Lunelli aduzem que, no ativismo judicial a interpretação e as decisões judiciais restam eivadas de tal forma pela vontade dos julgadores que estes acabam confundindo interpretação com criação de lei. Apesar de não possuírem, os julgadores, qualquer legitimidade democrática para criar leis. Noutras palavras, pode-se dizer que “diante das incertezas semânticas do texto, o intérprete distancia-se daquilo que é jurídico para, valendo-se

⁶⁰ ABOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia. *Revista de Processo*. v. 242. p. 21 – 47, Abr., 2015; *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. V.7, p.1295-1321, Ago. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/latestupdates/document?&src=r1&sguid=ioad81816000001535385b4661276c62b&docguid=lef532e90418511e5b17b01000000000&hitguid=lef532e90418511e5b17b01000000000&spos=3&epos=3&td=4000&context=485&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 20 mai. 2016.

⁶¹ STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – a verdade real? - uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de terrae brasilis. *Revista dos Tribunais*. v. 921, p. 359 – 392, Jul. , 2012. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&sguid=ioad81815000001550de91e6fe924a36&docguid=15foaa2a0c66311e1ba6a00008517971a&hitguid=15foaa2a0c66311e1ba6a00008517971a&spos=9&epos=9&td=14&context=8&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 30 mai. 2016.

⁶² LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão Judicial. Dos Paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 40.

de sua discricionariedade, criar interpretações que melhor reflitam a sua própria visão de mundo e de justiça.” Neste ponto reside a problemática central do ativismo judicial que é o perigo que decisões conduzidas pela vontade do julgador e não pelo Direito representam para a Democracia.⁶³

No ativismo judicial “larga-se de mão da ordem constitucional e legal democraticamente construída, passando-se à consciência (o subjetivismo) do julgador.” Por isso, o ativismo representa risco à democracia, uma vez que é o subjetivismo do juiz que comandará a aplicação do Direito. Desse modo, já não importarão as leis ou o texto constitucional vigentes, pois a solução que será mantida é a visão pessoal do juiz.⁶⁴

Neste ponto, Aboud e Lunelli indagam a influência que a discricionariedade do julgador pode exercer no instante da estruturação normativa no Estado Democrático de Direito. Também, indagam se o propósito do texto constitucional pode se resumir a um mero juízo de conveniência do julgador. Por fim, indagam se “o sentido dos textos está à disposição do interprete, para que este “pinçe” – ou mesmo crie – aquele que, a depender de suas convicções ideológicas, mais lhe agrade?”.⁶⁵

Para Streck o ativismo judicial é danoso à Democracia pois “[...] é o subjetivismo do juiz que guiará a aplicação do Direito”. Pouco importará o texto constitucional ou as leis do Direito, pois, para o ativismo judicial “[...] a solução que prevalecerá é a visão pessoal do julgador”.⁶⁶

De acordo Aboud e Lunelli as decisões orientadas por seus resultados apontam outra importante questão do caráter ativista das decisões judiciais e podem ser explicadas da seguinte maneira:

⁶³ ABOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia. **Revista de Processo**. v. 242. p. 21 – 47, Abr., 2015; **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. V.7, p.1295-1321, Ago. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/latestupdates/document?&src=rl&srguid=ioad81816000001535385b4661276c62b&docguid=lef532e90418511e5b17b01000000000&hitguid=lef532e90418511e5b17b01000000000&spos=3&epos=3&td=4000&context=485&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 20 mai. 2016.

⁶⁴ LUIZ, Fernando Vieira. Teoria da decisão Judicial. **Dos Paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 43-44.

⁶⁵ ABOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia. **Revista de Processo**. v. 242. p. 21 – 47, Abr., 2015; **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. V.7, p.1295-1321, Ago. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/latestupdates/document?&src=rl&srguid=ioad81816000001535385b4661276c62b&docguid=lef532e90418511e5b17b01000000000&hitguid=lef532e90418511e5b17b01000000000&spos=3&epos=3&td=4000&context=485&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 20 mai. 2016.

⁶⁶ STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – a verdade real? - uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de terrae brasiliis. **Revista dos Tribunais**. v. 921, p. 359 – 392, Jul. , 2012. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad81815000001550de91e6fe924a36&docguid=l5foaa2aoc66311e1ba6a00008517971a&hitguid=l5foaa2aoc66311e1ba6a00008517971a&spos=9&epos=9&td=14&context=8&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 30 mai. 2016.

[...] “decisões orientadas por seus resultados” designa situações em que o julgador, tendo previamente escolhido o resultado que melhor expressa as suas convicções pessoais e o seu senso de justiça, passa a buscar uma maneira jurídica de justificar sua decisão. Primeiro decide-se (ou, para sermos mais claros, “escolhe-se”) o resultado almejado e só depois são buscados elementos para sustentar as escolhas feitas. Trata-se, evidentemente, da invasão da vontade dos julgadores no desfecho das decisões.⁶⁷

No que se refere à relação existente entre ativismo judicial e as decisões orientadas por resultados, Aboud e Lunelli apontam as seguintes constatações:

[...] (a) é ativista o juiz que decide conforme sua vontade, direcionando suas decisões para resultados que (a depender de suas ideologias) considera justo; (b) o juiz que decide conforme suas convicções ideológicas (é dizer: conforme a sua vontade) extrapola os seus limites, falhando em sua obrigação de “agir enquanto judiciário”; (c) as decisões judiciais, para não serem ativistas, devem ser conduzidas por argumentos jurídicos e não ideológico-subjetivos.⁶⁸

Neste sentido, Luiz apresenta os requisitos que uma decisão jurídica deve apresentar para estar de acordo com a Teoria da Decisão.

São duas dimensões do desenvolvimento do argumento jurídico: a aceitação de um direito estabelecido – encontrado na história institucional do próprio Direito – e a questão substantiva da moralidade pública que transcende a visão pessoal do julgador. Desta forma, verifica-se que a interpretação reconstrói o Direito como uma unidade coerente, integrada, utilizando-se critérios socialmente partilhados, que permite analisar o argumento contraposto de cada parte, o que limita a concepção pessoal do juiz possibilitando encontrar uma resposta correta ao caso.⁶⁹

⁶⁷ ABOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia. *Revista de Processo*. v. 242. p. 21 – 47, Abr., 2015; *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. V.7, p.1295-1321, Ago. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/latestupdates/document?&src=r1&srcguid=ioad81816000001535385b4661276c62b&docguid=lef532e90418511e5b17b01000000000&hitguid=lef532e90418511e5b17b01000000000&spos=3&epos=3&td=4000&context=485&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 20 mai. 2016.

⁶⁸ ABOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia. *Revista de Processo*. v. 242. p. 21 – 47, Abr., 2015; *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. V.7, p.1295-1321, Ago. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/latestupdates/document?&src=r1&srcguid=ioad81816000001535385b4661276c62b&docguid=lef532e90418511e5b17b01000000000&hitguid=lef532e90418511e5b17b01000000000&spos=3&epos=3&td=4000&context=485&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 20 mai. 2016.

⁶⁹ LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão Judicial. Dos Paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 175.

Portanto, de acordo com a Teoria da decisão judicial, defendida por Streck, pode-se dizer que o juiz deve fundamentar suas decisões, de tal modo, que respeite o dever de coerência e integridade à Constituição possibilitando um controle hermenêutico. Desta forma, um direito fundamental à aplicação da Constituição surge no âmbito da Teoria da Decisão Judicial.⁷⁰

A Teoria da decisão judicial defende que as decisões sejam fundamentadas em princípios constitucionais, sem, contudo, exceder os limites de interpretação permitidos pela própria Constituição. Neste sentido, o Novo CPC no seu artigo 489 elenca os elementos essenciais da sentença e enumera os fatos que demonstram que uma sentença, um acórdão ou uma decisão interlocutória não estão devidamente fundamentados, conforme se vê:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.⁷¹

Destarte, não se pode deixar de mencionar o fato de que uma decisão fundamentada garante a segurança jurídica. A segurança jurídica é tão importante para o Estado Democrático de Direito Brasileiro que está presente no preâmbulo da CF/88, bem como no seu art. 5.º, caput.

Theodoro Júnior aduz que segurança jurídica significa que “a lei terá de proporcionar às pessoas destinatárias de seu preceito o conhecimento e a compreensão do seu teor e dos seus limites.” Acrescenta que o conceito de segurança jurídica possui dois sentidos. O primeiro sentido refere-se à “segurança

⁷⁰ LUIZ, Fernando Vieira. Teoria da decisão Judicial. Dos Paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 188.

⁷¹ BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 mai. 2016.

que deriva da previsibilidade das decisões que serão adotadas pelos órgãos que terão de aplicar as disposições normativas”, enquanto que o segundo, refere-se “à segurança que se traduz na estabilidade das relações jurídicas definitivas”.⁷²

Em outros termos, Theodoro Júnior afirma que o “legislador deve estabelecer e manter regras segundo as quais o particular ao praticar atos jurídicos, possa se comportar com previsão de seus efeitos e com confiança naquilo que o ordenamento lhe proporcionou”. Portanto, além da separação entre quem faz e quem aplica a lei, a segurança jurídica no Estado Democrático de Direito, necessita de leis claras e precisas, sem o uso exagerado de cláusulas gerais pelo legislador, pois elas podem acarretar a desestabilidade no ordenamento jurídico, “[...] gerando dúvidas, incertezas e mesmo imprevisibilidade no meio social.” Portanto, a importância da segurança jurídica está em evitar que o juiz se torne legislador ao interpretar cláusulas gerais de maneira discricionária. Com a finalidade de compatibilizar o direito positivo brasileiro com a segurança jurídica, a Constituição Brasileira determina no parágrafo único do art. 59, a edição de lei complementar para regulamentar a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.⁷³

A maior taxa de congestionamento (66%) na Justiça do Trabalho, de acordo com Ribeiro e com Villatore, se relaciona com a fase de execução, decorrente, principalmente da morosidade e, conseqüentemente da ausência de efetividade da tutela jurisdicional executiva. Em virtude disso, tem-se verificado, constantemente, singular esforço da Justiça do Trabalho no intento de solucionar os conflitos na fase de execução.⁷⁴

O art. 50 do CC impõe que estejam presentes o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou a confusão patrimonial, para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e, ainda, que o artigo 28, § 5º, do CDC justifica a teoria menor da desconsideração analisaram-se dez julgados do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região e do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região com o intuito de esclarecer em “que

⁷²THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista de Processo*. v. 136, p. 32–57, Jun., 2006. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&sguid=ioad60079000015545b521ab8b85172a&docguid=lc3752db0f25611dfab6f01000000000&hitguid=lc3752db0f25611dfab6f01000000000&spos=5&epos=5&td=84&context=13&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 11 jun. 2016.

⁷³THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista de Processo*. v. 136, p. 32–57, Jun., 2006. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&sguid=ioad60079000015545b521ab8b85172a&docguid=lc3752db0f25611dfab6f01000000000&hitguid=lc3752db0f25611dfab6f01000000000&spos=5&epos=5&td=84&context=13&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 11 jun. 2016.

⁷⁴RIBEIRO, Luiz Alberto Pereira; VILLATORE, Marco Antônio César. Aplicabilidade ou não do novo Código de Processo Civil ao processo do Trabalho no âmbito da tutela executiva jurisdicional sob a luz dos princípios fundamentais. In: DALLEGRAVE NETO, José Afonso; GOULART, Rodrigo Fortunato (Coord.). *Novo CPC e o Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2016, p. 264-265.

fundamentos e em virtude de quais princípios podem os tribunais chegar a prescindir ou superar de forma externa da pessoa jurídica, para “penetrando através dela, alcançar as pessoas e bens que debaixo de seu véu se cobrem”.⁷⁵

Deste modo, selecionaram-se julgados atuais, por amostragem, com a finalidade de evidenciar o entendimento recente dos julgadores sobre o instituto da desconsideração inversa da personalidade jurídica aplicada à sociedade de responsabilidade limitada (Ltda) e à empresa individual de responsabilidade limitada (Eireli). Nestas decisões foram analisados se restaram demonstrados a fraude e o abuso de direito cometidos pelos sócios da pessoa jurídica desconsiderada e, se foi respeitada a segregação patrimonial pertinente aos sócios de sociedades de responsabilidade limitada e de Eireli. Além disso, foi averiguado em quais normas legais os magistrados trabalhistas têm embasado suas decisões, tendo em vista que a CLT é omissa quanto à teoria inversa da desconsideração da personalidade jurídica. Por fim, verificou-se se a decisão judicial que acolhe ou denega o pedido de desconsideração inversa da personalidade jurídica está amparada pela Teoria da Decisão Judicial ou, se apresenta indícios do ativismo judicial.

Analisaram-se dez acórdãos, sendo cinco do Tribunal Regional da 4ª Região (RS) e cinco do Tribunal Regional da 2ª Região (SP). Desta análise concluiu-se que na metade das decisões analisadas houve a aplicação da teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica. Ao passo que em quatro decisões examinadas não foram deferidos os pedidos de aplicação da teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica. Por fim, um dos acórdãos demonstrou que não era caso de se aplicar a desconsideração inversa.

Outrossim, verificou-se que as decisões que aplicaram a teoria da desconsideração inversa mencionaram a utilização da Teoria Menor pela Justiça do Trabalho. Ademais, ampararam seu entendimento numa interpretação teleológica do art. 50 do CC e no art. 28, parágrafo 5º do CDC. Destas decisões, quatro apontaram a presença de fraude ou abuso de direito perpetrados pelo sócio por meio da pessoa jurídica. Entretanto, uma dentre as cinco decisões que aplicaram a desconsideração inversa da personalidade jurídica não demonstrou a presença de fraude ou abuso de direito, tendo justificado a aplicação da teoria em comento à responsabilidade pelos débitos trabalhistas do sócio retirante. O entendimento adotado neste julgado poderia representar ativismo judicial, pois se entende que a teoria inversa da desconsideração da personalidade jurídica só deve ser aplicada quando presentes, pelo menos, um dos pressupostos exigidos pelo art. 50 do CC, ou seja, fraude e/ou abuso de direito.

⁷⁵ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (Disregard Doctrine). *Revista dos Tribunais*. v. 803, p. 751 - 764, Set., 2002; *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*. v. 3, p. 1239 - 1261, Out., 2010; *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*. v. 2, p. 733 - 752, Jun., 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad8181600000153d3dd09250b54482c&docguid=lgfc282406dad11e1bee400008517971a&hitguid=lgfc282406dad11e1bee400008517971a&spos=1&epos=1&td=145&context=83&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 01 abr. 2016.

Assim, no que diz respeito ao ativismo judicial, conclui-se que apenas 10% dos julgados examinados, demonstrou subjetivismo e fundamentação insuficiente, pois, não foram demonstrados de forma clara os elementos de convencimento do magistrado. Além disso, observou-se que 20% das decisões prolatadas no juízo de execução, acusaram a presença de ativismo judicial por não cumprirem com o dever de fundamentar a decisão judicial, insculpido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constatou-se que o Direito do Trabalho adota a teoria menor da desconsideração, em virtude do caráter alimentar do crédito trabalhista. Além disso, observou-se que a doutrina trabalhista tem ampliado a responsabilização dos sócios de empresas com responsabilidade limitada e atingido seus bens particulares, embasando esta decisão no fato de que o risco do negócio deve ser assumido por aquele que obteve proveito dele, ou seja, o sócio. Por fim, concluiu-se que para o Direito do Trabalho a responsabilidade do sócio é subsidiária, ou seja, restando frustrada a execução contra a sociedade, responderá o sócio com o seu patrimônio particular, mesmo que a sociedade seja constituída sob a forma de sociedade de responsabilidade limitada ou Eireli.

No que tange à Teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica aplicada ao Processo do Trabalho evidenciou-se a importância da criação do Incidente de desconsideração da personalidade jurídica pelo Novo CPC, pois, até o presente momento não havia qualquer norma no direito processual brasileiro que regulamentasse a desconsideração da personalidade jurídica. Entretanto, para a doutrina trabalhista o IDPJ não se coaduna com os fins do Direito e do Processo do Trabalho e, dessa forma, não deve ser aplicado na seara trabalhista. Já o TST, em sentido diametralmente oposto, editou a instrução normativa nº 39/2016 acolhendo o Incidente de Desconsideração da personalidade jurídica no âmbito trabalhista.

Quanto ao Ativismo Judicial a pesquisa realizada demonstrou que ele é prejudicial à Democracia, pois é o subjetivismo do juiz que orientará a aplicação do Direito, ao passo que a Teoria da decisão judicial, afirma que o juiz deve decidir com base em princípios, respeitando o dever de coerência e integridade da Constituição Federal, pois dessa forma, será possível o controle hermenêutico das decisões judiciais.

Analisaram-se, sob a ótica do ativismo judicial, jurisprudências trabalhistas que versavam sobre a teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica. Evidenciou-se que grande parte das decisões foi bem fundamentada e, não apresentou indícios do ativismo judicial. Além disso, vários magistrados justificaram a aplicação da teoria da desconsideração inversa na fraude ou no abuso de direito, ou seja, embasaram suas decisões nos requisitos constantes do art. 50 do CC. Desta maneira, alguns magistrados referiram aplicar a teoria inversa da desconsideração amparados em uma interpretação teleológica do

art. 50 do CC. Ademais, observou-se que muitos julgadores ressaltaram que o Direito do Trabalho adota a Teoria menor da desconsideração (art. 28, § 5º, do CDC), para a qual não é necessária a demonstração de fraude ou abuso de direito para que se aplique a desconsideração, ou seja, basta a falta patrimônio da executada para garantir a execução e, se aplicará a desconsideração atingindo o patrimônio dos sócios. Além disso, observou-se que a figura do grupo econômico esteve presente em várias decisões.

Por outro lado, também se constatou que algumas decisões, principalmente nos juízos de origem, foram fundamentadas inadequadamente, infringindo o dever constitucional do juiz de fundamentar suas decisões, que está insculpido no art. 93, inciso IX, da CF.

Observou-se que a aplicação da teoria inversa da desconsideração da personalidade jurídica necessita de constatação prévia de fraude ou abuso de direito, relacionados à autonomia patrimonial, para se evitar a insegurança jurídica que a desconsideração inversa pode causar no âmbito empresarial. Ademais, evidenciou-se que os magistrados devem combater o ativismo judicial fundamentando suas decisões e respeitando os princípios constitucionais ao decidirem.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia. **Revista de Processo**. v. 242, p. 21 – 47, Abr., 2015; **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. v.7, p.1295-1321, Ago., 2015. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/latestupdates/document?&src=rl&srguid=ioad81816000001535385b4661276c62b&docguid=lef532e90418511e5b17b01000000000&hitguid=lef532e90418511e5b17b01000000000&spos=3&epos=3&td=4000&context=485&startChunk=1&endChunk=1>>.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 ago. 2015.

_____. **Lei n.º 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/L8078compilado.htm>. Acesso em: 20 mai. 2016.

_____. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 18 jun. 2015.

_____. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 279.273 - SP (2000/0097184-7)**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 29 mar. 2004. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1066285&num_registro=200000971847&data=20040329&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 01 set. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 948.117 - MS (2007/0045262-5)**. Relatora Ministra Nancy Andrigui. Data do Julgamento: 22 jun. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700452625&dt_publicacao=03/08/2010>. Acesso em: 12 mai. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução nº 203**, de 15 de março de 2016. Edita a Instrução Normativa nº 39, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva. Disponível em : <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>>. Acesso em 18 mai. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 205**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-205>. Acesso em: 18 mai. 2016.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. A Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica na Execução Trabalhista e a Pesquisa eletrônica de Bens de executados. In: **Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região. Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**. v.1, 2009. Porto Alegre: Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 2009. Disponível em: <www.trt4.jus.br/ItemPortlet/download/53776/CadernoEJ-n.08-2014.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2015.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 5.

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira *et al.* **Os comentários ao Novo CPC e sua aplicação ao Processo do Trabalho. Parte geral: art. 1 a 317. Atualizado conforme a Lei n. 13.256/2016**. São Paulo: LTr, 2016, v. 1.

DINIZ, Maria Helena. **Direito da empresa**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 8.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Execução dos bens dos sócios em face da Disregard Doutrine. In: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; GUNTHER, Luiz Eduardo; LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Coord.). **Execução Trabalhista: uma homenagem ao professor Wagner Giglio**. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. São Paulo: LTr, 2016.

GAINO, Itamar. **Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito Processual do Trabalho**. 11. Ed. São Paulo: LTr, 2013.

LIVONESI, André Gustavo. Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada. **Revista de Direito Privado**. v. 20, p. 53 - 70, Out., 2004; **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**. v. 3, p. 293 - 314, Out., 2011. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007900000151015a3edaf27cf9cb&docguid=l72990d30f2511dfab6f01000000000&hitguid=l72990d30f2511dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=4000&context=5&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão Judicial. Dos Paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Francisco Antônio. **Comentários à execução do novo Código de Processo Civil: enfoques civilistas e trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2016.

PALHARES, Felipe. A aplicação da teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica à luz do ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 3, p. 55 – 80, Abr. - Jun., 2015. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad8181500000153536de5dab5604d6b&docguid=l32fdc2aof87911e4b81f010000000000&hitguid=l32fdc2aof87911e4b81f010000000000&spos=11&epos=11&td=16&context=231&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Método, 2015.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1.

_____, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (Disregard doctrine). **Revista dos Tribunais**. v. 803, p. 751 - 764, Set., 2002; **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. v. 3, p. 1239 - 1261, Out., 2010; **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. v. 2, p. 733 - 752, Jun., 2011. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad8181600000153d3dd09250b54482c&docguid=l9fc282406dad11e1bee400008517971a&hitguid=l9fc282406dad11e1bee400008517971a&spos=1&epos=1&td=145&context=83&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 01 abr. 2016

RIBEIRO, Luiz Alberto Pereira; VILLATORE, Marco Antônio César. Aplicabilidade ou não do novo Código de Processo Civil ao processo do Trabalho no âmbito da tutela executiva jurisdicional sob a luz dos princípios fundamentais. In: DALLEGRAVE NETO, José Afonso; GOULART, Rodrigo Fortunato (Coord.). **Novo CPC e o Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2016.

SCHIAVI, Mauro. Desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista. Impactos do Novo CPC. In: DALLEGRAVE NETO, José Afonso; GOULART, Rodrigo Fortunato (Coord.). **Novo CPC e o Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2016.

SILVA, Bruno Freire e. **O novo CPC e o processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2015, v.1.

SOARES, Alexandre Oliveira. Desconsideração inversa da personalidade jurídica e efetividade da tutela executiva trabalhista. São Paulo: LTr, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – a verdade real? - uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de terrae brasilis. **Revista dos Tribunais**. v. 921, p. 359 – 392, Jul. , 2012. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad81815000001550de91e6fe924a36&docguid=15foaa2aoc66311e1ba6a00008517971a&hitguid=15foaa2aoc66311e1ba6a00008517971a&spos=9&epos=9&td=14&context=8&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 30 mai. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista de Processo**. v. 136, p. 32 – 57, Jun., 2006. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad600790000015545b521ab8b85172a&docguid=lc3752dbof25611dfab6fo1000000000&hitguid=lc3752dbof25611dfab6fo1000000000&spos=5&epos=5&td=84&context=13&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 11 jun. 2016.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 1.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Comentários ao novo código de processo civil sob perspectiva do processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2015.

VIDO, Elisabete. **Curso de Direito Empresarial**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

XAVIER, José Tadeu Neves. Reflexões sobre a empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI). **Revista de Direito Privado**. v. 54, p. 197 - 233, Abr. - Jun., 2013. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007900000150c4327fo42879d77c&docguid=lb49e8e80dafc11e2a31801000000000&hitguid=lb49e8e80dafc11e2a31801000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1=1>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

tráfico de animais silvestres e a lei nº. 9.605/98

Luciana Meyrer Farina

Bacharel em Direito, aprovada com distinção, pela Universidade Feevale. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5073371666276216>. E-mail: luh_farina@hotmail.com.

Sandro de Souza Ferreira

Graduado em direito, em 1994, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS; Mestre em Filosofia, em 2006, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS; Doutor em Filosofia, em 2012, pela Unisinos; Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul, desde 1995; 1º Promotor de Justiça Especializado de Novo Hamburgo, desde 2002; Professor na Universidade Feevale, desde 2004. Currículo Lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4133310Ho>. E-mail: ksferreira@terra.com.br

1 O DIREITO AMBIENTAL COMO UM DIREITO DIFUSO E A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO

O Direito Ambiental integra um dos mais recentes ramos do Direito moderno, revelando-se em um assunto de extrema relevância jurídica, tanto no cenário nacional, quanto internacional. O tema tem passado por constantes modificações ao longo dos anos e a preocupação com o meio ambiente se mostra, cada vez mais, inadiável.¹

Consiste, assim, num conjunto de princípios e normas que têm como objetivo fundamental o equilíbrio entre o homem e a natureza, almejando a harmonia na relação entre os dois. Para isso, o Direito Ambiental regulamenta toda e qualquer atividade que possa interferir negativamente no meio ambiente e de modo incompatível com o desenvolvimento sustentável, aplicando punições de maior e menor grau contra eventuais ameaças ou lesões à fauna e à flora. A finalidade deste ramo do Direito é, portanto, conservar a vida e a diversidade do planeta para as gerações atuais e futuras.²

Almeja-se, pois, o desenvolvimento sustentável e a garantia da própria saúde do homem, por meio da conciliação entre elementos supostamente incompatíveis entre si: a inquietação pelo progresso econômico e a necessidade de preservação do meio ambiente. A ciência do Direito Ambiental quer, através da educação popular e participação social, instruir a coletividade sobre a importância e imprescindibilidade de restaurar, conservar e preservar os recursos naturais.³

A relevância do tema torna-se mais evidente no momento em que se constata que a Constituição Federal estabeleceu especial tratamento à matéria, designando o meio ambiente como um direito fundamental atinente a todos, devendo ser preservado para as presentes e futuras gerações.⁴ É, em verdade, a própria Constituição a fonte formal basilar e primeira do Direito Ambiental. Ressalta-se que a Carta de 1988 foi a primeira a tratar, de modo direto e amplo, o tema do patrimônio comum ecológico, elencando-o a uma nova gama de direitos e garantias individuais: os famosos direitos de terceira geração.⁵

¹ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 3.

² MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 256.

³ SÉGUIN, Elida. *Direito ambiental: nossa casa planetária*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 59.

⁴ GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Crimes Ambientais: comentários à Lei 9.605/98 (arts.1º a 69-A e 77 a 82)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 17.

⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 61 e 64-65.

Por outro lado, a Lei Maior não ignorou o fato de que os elementos naturais são imprescindíveis para o desenvolvimento de toda atividade econômica e para o sustento do sistema organizativo da sociedade. Buscou-se, à vista disso, regulamentar uma fruição e aproveitamento sustentável dos bens ambientais, resguardando, ao mesmo tempo, a qualidade de vida humana das atuais populações e das que ainda estão por vir, através da conservação da capacidade ecológica e da propriedade funcional dos ecossistemas.⁶

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito que transcende a esfera individual de cada ser vivo, sendo concernente a toda coletividade, pois o mundo inteiro pode usufruir desse bem. Não se destina a uma pessoa específica ou a um grupo em particular, mas a uma coletividade de indivíduos indeterminados. Por se tratar de bem de uso comum do povo, pode ser desfrutado por toda a sociedade dentro dos liames da Constituição Federal. Daí a necessidade de conservar as mesmas qualidades ambientais hoje existentes para que as futuras gerações igualmente possam fruí-las.⁷

Ao bem ambiental também se reporta a garantia de uma sadia qualidade de vida, pois este propicia milhares de benefícios ao homem. E a qualidade de vida está diretamente relacionada à outra prerrogativa constitucional, que é a dignidade da pessoa humana. Aufere-se, portanto, que viver com saúde e com qualidade de vida é viver com dignidade.⁸

Todavia, a Constituição não se reteve a fazer uma mera declaração formal da proteção ambiental, mas impôs medidas aptas a oprimir os transgressores de seus mandamentos. Nas palavras de Luiz Regis Prado, “assinala-se a necessidade de proteção jurídico-penal (do meio ambiente), com a obrigação ou mandato *expresso de criminalização*”⁹.

Legitima-se, desse modo, a importância do espaço natural para o ser humano, devendo o Estado fazer uso inclusive de instrumentos coercitivos para sua preservação. A partir de tal imposição da Constituição Federal, compete ao legislador ordinário definir um sistema normativo que regulamente, de modo prudente e proporcional, as condutas reputadas penalmente relevantes nas agressões ambientais, sempre em consonância com os princípios assentados na Lei Maior. Tal demanda, limitada ao escopo do presente estudo, encontrou eco com a promulgação, em 1998, da Lei nº 9.605, conhecida como Lei dos Crimes Ambientais.¹⁰

⁶ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 61 e 64-65.

⁷ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 191-192.

⁸ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 192.

⁹ PRADO, Luis Regis. *Direito penal do ambiente*. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 79 e 81.

¹⁰ PRADO, Luis Regis. *Direito penal do ambiente*. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 79 e 81.

Dentre as maiores preocupações do legislador sobre o tema dos crimes contra a fauna, destacou-se o tráfico da vida silvestre, uma vez que esse tipo penal é apontado como um dos principais motivadores da degradação da natureza e da redução das populações silvestres.¹¹

2 O TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES

O tráfico ilegal de animais é a retirada ilícita de espécimes da fauna silvestre de seu *habitat* natural, qual seja florestas, rios, lagos, planícies, pântanos ou desertos, e o transporte desses animais para outras localidades com o objetivo precípuo de comercializá-los. Esse deslocamento é realizado em condições precárias, fazendo com que muitos sequer cheguem com vida aos seus destinos.¹²

O Brasil possui um dos biomas mais ricos e diversificados do mundo. Seus ecossistemas abrigam milhares de espécies, muitas das quais são exóticas para os demais países, o que faz do território brasileiro um grande alvo para os contrabandistas. Estima-se que mais de 15 milhões de animais são arrancados de seus pais anualmente, tornando o tráfico de animais um mercado milionário para os indivíduos envolvidos nesse crime.¹³ O contrabando de exemplares da fauna vem crescendo dia a dia e, cada vez mais, é visto como uma das sérias preocupações ambientais da atualidade.¹⁴

Segundo relatório do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), os representantes da fauna brasileira mais traficados são o canário da terra, o azulão, o tiê-sangue, a saíra-sete-cores, o pássaro preto, o corrupião, o curió, o cardeal, a preguiça-de-três-dedos, o

¹¹ NOBRE, Nicolle Neves. Da necessidade de um novo tipo penal: crime de tráfico de animais. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*. Salvador, Faculdade de Direito da UFBA, v. 7, n. 11, jul./dez. 2007, p. 669-682. Disponível em: <<http://www.abolicionismoanimal.org.br/revistas/Revista%20Formandos%20Direito%20-%20parte%202.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

¹² NOBRE, Nicolle Neves. Da necessidade de um novo tipo penal: crime de tráfico de animais. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*. Salvador, Faculdade de Direito da UFBA, v. 7, n. 11, jul./dez. 2007, p. 669-682. Disponível em: <<http://www.abolicionismoanimal.org.br/revistas/Revista%20Formandos%20Direito%20-%20parte%202.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

¹³ MARINHO, Adriana Moreira. *O Poder Judiciário e o controle do tráfico de animais*. 2010. 52 f. Monografia (Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Administrativo Contemporâneo – Turma STJ), Centro Universitário de Brasília, UniCEUB/ICPD, Brasília, 2010, p. 7. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/36386/Poder_judiciario_controle_trafico_animais.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2015.

¹⁴ CAMPOS NETO, Antonio Augusto Machado de. O tráfico de animais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 106/107, jan./dez. 2011/2012, p.307-347. Disponível em: <<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/67948-89380-1-PB.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2015.

tamanduá-mirim, a jaguatirica, o tigre d'água, a iguana, o jabuti, o papagaio-verdadeiro, o papagaio-de-cara-roxa, a arara-canindé, a arara-vermelha, a jiboia, a cascavel, o jacaré-de-papo-amarelo, o tucanuçu, o tucano-de-bico-preto, o mico-estrela, o macaco-prego e o mico-leão-dourado.¹⁵

Dentre todos os animais, no entanto, as aves são, de longe, as maiores vítimas do comércio ilegal. A atração por este grupo se deve à melodia de seus gorjeios e à beleza de suas plumagens diversificadas. Em geral, os machos são mais requisitados que as fêmeas, porque possuem cantos mais harmoniosos e penas mais coloridas, justamente para chamar a atenção do sexo oposto. Outra razão que justifica o gosto do homem pelas aves se dá pela capacidade de algumas espécies em imitar a voz a humana, característica esta dos pássaros da família *Psittacidae*,¹⁶ como o papagaio-verdadeiro e o papagaio-do-mangue.¹⁷

O monitoramento do contrabando de animais selvagens e o cômputo dos números referentes a este crime revelam que o tráfico de espécimes da fauna é o terceiro maior comércio ilegal do mundo, ficando atrás apenas do tráfico de armas e de entorpecentes. Diante da mirabolância dos instrumentos empregados e da complexidade das estratégias dos traficantes, a atividade denota características de crime organizado.¹⁸

Neste íterim, destaca-se que o comércio da fauna silvestre tem se mostrado um negócio extremamente atrativo para os traficantes de drogas. Muitos estão “trocando de mercado” e buscando auferir lucro com a venda de animais exóticos. A explicação para essa migração se dá, não apenas pelo alto giro financeiro que envolve o contrabando de espécimes raros, mas também por um forte fator de incentivo: embora proibido, o tráfico de animais, na prática, não é penalizado.¹⁹ Os seres vivos são apreendidos pela polícia federal ou por agentes do IBAMA, mas o traficante não vai preso. Além de tudo, muitas vezes os animais são usados como disfarce para transportar substâncias entorpecentes, que são postas no interior de seus estômagos ou de outros órgãos.²⁰

¹⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS – IBAMA. **Fauna e tráfico**: as espécies mais traficadas do Brasil. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/fauna/trafico/downloads/10_traficadas.pdf>. Acesso em 22 mar. 2015.

¹⁶ Família *Psittacidae*: as características das aves pertencentes a este grupo são a coloração esverdeada, o bico saliente e em formato curvo, a presença garras afiadas, sendo duas voltadas para frente e uma para trás. Possuem asas grandes, voo rápido e não apresentam dimorfismo sexual. Seus representantes são os papagaios, as araras e os periquitos. In: NAROSKY, Tito; YZURIETA, Dario. **Aves de Argentina y Uruguay**: guía para la identificación. 15. ed. Buenos Aires: Vazquez Mazzini, 2006, p. 31.

¹⁷ RIBEIRO, Leonardo Barros; SILVA, Melissa Gogliath. O comércio ilegal põe em risco a diversidade das aves no Brasil. **Ciência e Cultura**. São Paulo, v. 59, n. 4, 2007. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252007000400002&script=sci_arttext>. Acesso em: 16 out. 2015.

¹⁸ LOPES, José Carlos. **O tráfico ilegal de animais silvestres no Brasil**. Disponível em: <<http://www.jardimdeflores.com.br/ECOLOGIA/A07silvestres.htm>>. Acesso em: 02 mai. 2015.

¹⁹ DIAS, Edna Cardozo. **A tutela jurídica dos animais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 115-116.

²⁰ SANTOS, Renata Rivelli Martins dos. **O artigo 225 da Constituição Federal e o tráfico de animais**. Disponível em: <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=2292>. Acesso em: 25 ago. 2015.

Este mercado ilegal é intensamente cruel para com os animais, que são transportados de modo inadequado, sendo postos no interior de caixas de leite, de malas falsas ou de tubos com pequenas perfurações que garantem o mínimo de oxigênio. Em razão desses meios impróprios, apenas 1 em cada 10 animais traficados sobrevive à viagem. Os traficantes, ainda, costumam dopar ou anestésiar os animais, evitando, assim, que façam barulho e chamem a atenção. Tudo isso com intuito de passarem incólumes aos olhos da fiscalização.²¹

Ainda, outro fato repugnável merecedor de destaque é o aniquilamento dos animais adultos pelos caçadores para que seja possível a captura dos filhotes, uma vez que são mais procurados e valorizados pelo mercado consumidor. Esse procedimento traz um prejuízo sem tamanho para o meio ambiente, pois, além da retirada do animal jovem, a morte dos pais impede a geração de novas crias, diminuindo, portanto, a capacidade reprodutiva e colaborando para a extinção da espécie.²²

Esta captura descontrolada se revela extremamente nociva para a conservação das populações das aves, pois 90% das espécies são monogâmicas, sendo que, a partir do momento em que o casal se forma, geralmente, permanece junto para o resto da vida.²³

Adiciona-se a isso, agravando ainda mais as consequências do tráfico, a impossibilidade de o IBAMA ou outros órgãos protetores do meio ambiente, simplesmente, devolverem os animais à natureza. Quando domesticados, os animais perdem seu instinto natural de procurar alimentos, de pressentir situações de perigo e de se defender de predadores. Se forem postos novamente em liberdade, mesmo que em seus *habitats* próprios, teriam raras chances de sobreviver. Além disso, não se pode determinar com 100% de certeza qual a procedência de cada animal traficado, e inserir um animal em um bando, rebanho ou manada que não é o seu originário pode ocasionar alterações genéticas nos padrões daquela população. Ainda, muitos animais que se desenvolveram no ambiente do ser humano podem possuir doenças ou bactérias que, embora não se manifestem naquele indivíduo, podem ser transmitidos para os outros membros da população nativa, causando a proliferação de epidemias.²⁴

²¹ NOBRE, Nicolle Neves. Da necessidade de um novo tipo penal: crime de tráfico de animais. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*. Salvador, Faculdade de Direito da UFBA, v. 7, n. 11, jul./dez. 2007, p. 669-682. Disponível em: <<http://www.abolicionismoanimal.org.br/revistas/Revista%20Formandos%20Direito%20-%20parte%202.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

²² CONSERVATION INTERNATIONAL. *Tráfico de animais*. 2002. Disponível em: <http://www.nex.org.br/CAUSAS_TRAFICO.HTM>. Acesso em: 27 set. 2015.

²³ RIBEIRO, Leonardo Barros; SILVA, Melissa Gogliath. O comércio ilegal põe em risco a diversidade das aves no Brasil. *Ciência e Cultura*. São Paulo, v. 59, n. 4, 2007. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252007000400002&script=sci_arttext>. Acesso em: 16 out. 2015.

²⁴ AMBIENTE BRASIL. *Tráfico de animais silvestres*: O Brasil é um dos principais alvos dos traficantes da fauna silvestre devido a sua imensa biodiversidade. Disponível em: <http://ambientes.ambientebrasil.com.br/fauna/trafico_de_animais_silvestres/trafico_de_animais_silvestres.html>. Acesso em: 19 out. 2015.

A maior das indignações, no entanto, no que tange ao assunto objeto do presente trabalho, diz respeito ao fato de que os homens, ao expor os animais a toda forma de sofrimento, esquecem que eles também possuem uma alma. Os animais sentem as dores, choram por ser maltratados e por terem sido separados de suas famílias. São capazes de compreender que foram arrancados de seu lar, que tiveram sua liberdade roubada e que, provavelmente, nunca mais verão seus pais.²⁵ Quando resgatados das mãos dos contrabandistas, os animais encontram-se em péssimo estado. Os sobreviventes unem suas últimas forças para se manter respirando. Estão feridos, com fome, sede e frio. Eles são filhotes, são bebês, ainda mal enxergam e tampouco possuem pelos ou penas. Precisam ser aquecidos, alimentados e receber tratamento médico o mais depressa possível, na esperança de evitar que o comércio ilegal faça ainda mais vítimas fatais.²⁶

Os traficantes empregam todo tipo de estratégia dissimulada e passam por cima do que for necessário para obter os altos lucros provenientes do tráfico ilegal. Cientes de que a venda de animais reproduzidos em criatórios é autorizada pela lei, os contrabandistas aprisionam os bichos diretamente na natureza e os comercializam com documentos inautênticos na tentativa de simular a legalidade de seu “produto”.²⁷

Conforme apontam os boletins de ocorrência do IBAMA e da Polícia Militar Ambiental de São Paulo relatam que, comumente, são apreendidas aves com as articulações das patas deformadas ou mutiladas pelo esforço do agente em colocar anilhas falsas nos membros inferiores de pássaros adultos.²⁸ Outra prática comum é o uso de crianças para trabalhar nas feiras, exibindo os animais e concretizando os negócios. O objetivo é frustrar eventuais prisões em caso de ação dos órgãos fiscalizadores.²⁹

²⁵ CAMPOS NETO, Antonio Augusto Machado de. O tráfico de animais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 106/107, jan./dez. 2011/2012, p.307-347. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/67948-89380-1-PB.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2015.

²⁶ AMBIENTE BRASIL. **Tráfico de animais silvestres**: O Brasil é um dos principais alvos dos traficantes da fauna silvestre devido a sua imensa biodiversidade. Disponível em: <http://ambientes.ambientebrasil.com.br/fauna/trafico_de_animais_silvestres/trafico_de_animais_silvestres.html>. Acesso em: 19 out. 2015.

²⁷ NASSARO, Adilson Luís Franco. **Tráfico de animais silvestres e policiamento ambiental**: oeste do Estado de São Paulo, 1998 a 2012. Assis: [s.n.], 2013, p. 52 e 81-82.

²⁸ NASSARO, Adilson Luís Franco. **Tráfico de animais silvestres e policiamento ambiental**: oeste do Estado de São Paulo, 1998 a 2012. Assis: [s.n.], 2013, p. 52 e 81-82.

²⁹ NOBRE, Nicolle Neves. Da necessidade de um novo tipo penal: crime de tráfico de animais. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*. Salvador, Faculdade de Direito da UFBA, v. 7, n. 11, jul./dez. 2007, p. 669-682. Disponível em: <http://www.abolicionismoanimal.org.br/revistas/Revista%20Formandos%20Direito%20-%20parte%202.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2015.

Recentemente, o tráfico da fauna silvestre passou a compor a listagem dos crimes virtuais. Com a facilidade para publicação de anúncios e a preservação do anonimato ofertados pela Internet,³⁰ este delito vem se modernizando, sendo possível obter qualquer espécime ao simples alcance do teclado.³¹ Agentes da Rede Nacional de Combate ao Tráfico de Animais Silvestres - Renctas constataram quase 5 mil anúncios de animais brasileiros na *web*, entre *sites* nacionais e internacionais, pretendendo a compra ou oferecendo a venda de variadas espécies.³²

3 O MEIO AMBIENTE E O TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES EM NÚMEROS

O Brasil possui uma ampla diversidade de espécimes da fauna silvestre em seu território. É o país que desfruta da maior reserva biológica do mundo, contando com 55 mil gêneros de plantas, 524 espécies de mamíferos, 1.622 tipos de aves e cerca de 3 mil variedades de peixes de água doce.³³

Em termos de transação financeira, esse crime movimenta, no mundo inteiro, algo em torno de 10 bilhões de dólares por ano. Somente no Brasil, os números variam entre US\$ 1 e 1,5 bilhão anual, o que representa aproximadamente 10 a 15% do comércio mundial. A média de animais apreendidos das mãos dos traficantes, no país, é de 100 mil por ano, sendo esta apenas uma pequena parcela do que, de fato, é contrabandeado.³⁴ Todavia, ressalta-se que, por se tratar de uma atividade ilegal e por não existir um órgão central responsável por apurar os resultados, os dados estatísticos tornam-se difíceis de serem apreciados com a devida precisão e certeza. ONGs e outras fontes governamentais calculam que o tráfico seja o causador da completa extinção de mais de 12

³⁰ CONSERVATION INTERNATIONAL. **Tráfico de animais**. 2002. Disponível em: <http://www.nex.org.br/CAUSAS_TRAFICO.HTM>. Acesso em: 27 set. 2015.

³¹ DIAS, Edna Cardozo. **Tráfico de animais**. Disponível em <<http://www.leliobragacalhau.com.br/trafico-de-animais/>>. Acesso em: 18 set. 2015.

³² REDE NACIONAL DE COMBATE AO TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES – RENCTAS. **1º Relatório Nacional sobre o Tráfico de Fauna Silvestre**. 2014, p. 29. Disponível em: <http://www.rentas.org.br/wp-content/uploads/2014/02/REL_RENCTAS_pt_final.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2015.

³³ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, DOS RECURSOS HÍDRICOS E DA AMAZÔNIA LEGAL. **Primeiro relatório nacional para a Convenção sobre Diversidade Biológica**: Brasil. Brasília, 1998, p. 13. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/6_probio_completo.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2015.

³⁴ PIOLI, Roberta Raphaeli. Tráfico de animais silvestres: legislação deve ser mais severa na punição para coibir prática criminosa. **Revista Visão Jurídica**. São Paulo, Escala, ed. 71, 2012. Disponível em: <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/71/artigo255410-1.asp>>. Acesso em: 28 fev. 2015.

milhões de espécies da fauna silvestre. Face a números tão alarmantes, Antonio Augusto Machado de Campos Neto preconiza: "o nosso país, além de ter a sua biodiversidade ameaçada tende a perder quantia incalculável e irrecuperável com o tráfico de animais silvestres³⁵".

A partir dessa análise acerca da ampla incidência do crime, dos altos valores de giro do mercado e da corrupta ação dos traficantes, torna-se fundamental destacar algumas situações que colaboram para que o Brasil esteja no topo do *ranking* dos países explorados pelo tráfico de animais. Inicialmente, vale ressaltar a expressão cultural desse delito, uma vez que a maior parte da população demonstra despreocupação e indiferença com relação ao contrabando da fauna. Ademais, a vasta extensão do território nacional aliada à ausência de uma fiscalização eficaz são fatores que justificam a preferência dos traficantes por este país.³⁶ Para Edna Cardozo Dias, embora o tráfico de animais esteja previsto na Lei de Crimes Ambientais, a carência de agentes fiscalizadores, as dificuldades para controle da atividade dos contrabandistas e, acima de tudo, o descaso do Poder Público, que sempre privilegia outros assuntos em detrimento da proteção da fauna, fazem desta lei de difícil aplicação prática.³⁷

O comércio ilegal de animais constitui-se num crime imensamente lucrativo, com graves impactos para o meio ambiente, penas brandas e um número reduzido de ações instauradas. As pesquisas sobre o tráfico e suas consequências também são pouco aprofundadas, o que dificulta ainda mais a previsão da atividade dos infratores e a possibilidade de detê-los em flagrante.³⁸

O que se constata, a partir dessa abordagem, é que o tráfico da fauna é o responsável pela diminuição abrupta das populações silvestres. A captura em demasia é a segunda principal motivadora da redução do número de indivíduos integrantes de determinada espécie, perdendo somente para a devastação do meio ambiente e destruição dos *habitats* causadas pelo desmatamento. Como resultado, têm-se alterações na estrutura funcional dos ecossistemas que,

³⁵ CAMPOS NETO, Antonio Augusto Machado de. O tráfico de animais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 106/107, jan./dez. 2011/2012, p.307-347. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/67948-89380-1-PB.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2015.

³⁶ MARINHO, Adriana Moreira. *O Poder Judiciário e o controle do tráfico de animais*. 2010. 52 f. Monografia (Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Administrativo Contemporâneo – Turma STJ), Centro Universitário de Brasília, UniCEUB/ICPD, Brasília, 2010, p. 7. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/36386/Poder_judiciario_controle_trafico_animais.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2015.

³⁷ DIAS, Edna Cardozo. *Tráfico de animais*. Disponível em <<http://www.leliobragacalhau.com.br/trafico-de-animais/>>. Acesso em: 18 set. 2015.

³⁸ INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS – IBAMA. *Esforços para o combate ao tráfico de animais silvestres no Brasil*. Publicação traduzida do original "Efforts to Combat Wild Animals Trafficking in Brazil". 26 out. 2012. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/sophia/cnia/periodico/esforcosparaocombateaotraficodeanimais.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

com a perda de parcela considerável de suas comunidades, podem não conseguir mais vir a desempenhar seu papel ecológico. Assim, em curtíssimo espaço de tempo, o tráfico poderá acarretar no enriquecimento de uns poucos e na completa extinção da natureza de importantes animais. Se persistir esse quadro, logo apenas a reprodução fotográfica restará para registrar a passagem histórica de algumas espécies.³⁹

O IBAMA estima que 30% da fauna contrabandeada brasileira seja enviada para o exterior.⁴⁰ A maioria é exportada através de países fronteiriços como Argentina, Paraguai, Bolívia, Peru e Colômbia, onde os animais recebem documentação falsa e, a seguir, seguem viagem para a América do Norte, Europa e Ásia.⁴¹ O tráfico internacional é elaborado e compreende suborno, propina e destreza. Nos aeroportos, os traficantes utilizam várias técnicas para disfarçar o conteúdo da carga e, com frequência, obtêm êxito no embarque do animal.⁴²

O que se tem constatado, na realidade, é que os representantes da fauna brasileira possuem um valor muito mais elevado no mercado externo quando comparado aos bichos que são comercializados internamente. Dentro do país, dificilmente um animal é vendido por um preço superior a R\$ 1.000,00 (mil reais), enquanto que, no tráfico internacional, a mesma espécie normalmente alcança valores astronômicos.⁴³ A seguinte tabela ilustra a comparação entre um animal vítima do tráfico ilegal no Brasil e no estrangeiro:

³⁹ RIBEIRO, Leonardo Barros; SILVA, Melissa Gogliath. O comércio ilegal põe em risco a diversidade das aves no Brasil. *Ciência e Cultura*. São Paulo, v. 59, n. 4, 2007. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252007000400002&script=sci_arttext>. Acesso em: 16 out. 2015.

⁴⁰ INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS – IBAMA. *Fauna e tráfico*: as espécies mais traficadas do Brasil. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/fauna/trafico/downloads/10_traficadas.pdf>. Acesso em 22 mar. 2015.

⁴¹ CONSERVATION INTERNATIONAL. *Tráfico de animais*. 2002. Disponível em: <http://www.nex.org.br/CAUSAS_TRAFICO.HTM>. Acesso em: 27 set. 2015.

⁴² LOPES, José Carlos. *O tráfico ilegal de animais silvestres no Brasil*. Disponível em: <<http://www.jardimdeflores.com.br/ECOLOGIA/A07silvestres.htm>> Acesso em: 02 mai. 2015.

⁴³ CONSERVATION INTERNATIONAL. *Tráfico de animais*. 2002. Disponível em: <http://www.nex.org.br/CAUSAS_TRAFICO.HTM>. Acesso em: 27 set. 2015.

Tabela – Preço dos animais traficados no Brasil e no exterior – 2002

	Brasil (R\$)	América do Norte, Europa e Ásia (US\$)
Mico-leão-dourado	300	25 mil
Guará	800	De 3,5 a 5 mil
Papagaio-verdadeiro	150	800
Onça-pintada	3 mil	10 mil
Jaguaririca	De 1,5 a 5 mil	15 mil
Arara-azul	De 1,5 a 6 mil	30 mil
Arara-canindé	1 mil	2,5 mil
Tucano-de-bico-preto	200	6 mil
Veado-campeiro	2,5 mil	10 mil

Fonte: elaborado pela autora com base na reportagem da Conservation International intitulada Tráfico de animais.⁴⁴

A Rede Nacional de Combate ao Tráfico de Animais Silvestres – Renctas é o principal órgão do país protetor da biodiversidade e recriminador do comércio clandestino da fauna. De acordo com Relatório Nacional sobre o Tráfico de Fauna Silvestre, publicado por esta ONG, os animais são saqueados de seus

⁴⁴ CONSERVATION INTERNATIONAL. Tráfico de animais. 2002. Disponível em: <http://www.nex.org.br/CAUSAS_TRAFICO.HTM>. Acesso em: 27 set. 2015.

habitats para quatro propósitos primordiais: (1) animais para zoológicos e colecionadores particulares, (2) animais para pesquisa e produção de medicamentos (biopirataria), (3) animais para companhia como bichos de estimação e, por fim, (4) animais para adornos e produtos explorados pelo mercado da moda.⁴⁵

Cada uma dessas categorias possui características próprias quanto aos consumidores e espécies preferidas. Segundo Raulff Ferraz Lima, diretor executivo da Renctas, o setor que movimenta o maior número de recursos financeiros é o de colecionadores: "Eles priorizam animais ameaçados de extinção, que são mais caros e provocam um impacto maior no meio ambiente". Os animais mais populares para este grupo são papagaios, araras e beija-flores. Outra modalidade de tráfico bastante corriqueira diz respeito à biopirataria, que captura animais da natureza para fins científicos. Entre as espécies de maior interesse para estes consumidores encontram-se os insetos, as aranhas, os escorpiões e as cobras venenosas. Todavia, neste campo, são raras as apreensões pela polícia federal, pois os animais são pequenos e, em geral, transportados já sem vida, inclusive por meio de serviços de correspondência.⁴⁶

Ainda assim, a modalidade que mais incentiva o tráfico da vida silvestre no Brasil é o mercado de animais para *pet shops*. Entre as espécies mais almeçadas como bichos de estimação destacam-se os macacos, iguanas, jiboias, araras, papagaios e demais pássaros de canto.⁴⁷

4 O TRATAMENTO DADO PELA LEI Nº 9.605/58

O reconhecimento da necessidade de uma tutela penal precisa e ordenada, adequada com o valor do bem jurídico e o sucessivo aumento do clamor social por uma maior atenção com o planeta fizeram surgir a Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98). Trata-se de uma norma de natureza híbrida, em que se fundem conteúdos de Direito Penal e Administrativo.⁴⁸

⁴⁵ REDE NACIONAL DE COMBATE AO TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES – RENCTAS. **1º Relatório Nacional sobre o Tráfico de Fauna Silvestre**. 2014, p. 8 e 17-20. Disponível em: <http://www.renctas.org.br/wp-content/uploads/2014/02/REL_RENCTAS_pt_final.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2015.

⁴⁶ DUARTE, Nathália. Saiba qual é a rota do tráfico de animais silvestres no Brasil: aves correspondem a 80% das apreensões, segundo o Ibama: sudeste tem maior mercado consumidor de animais silvestres no país. **G1 Globo**. São Paulo, 07 out. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/10/saiba-qual-e-rota-do-trafico-de-animais-silvestres-no-brasil.html>>. Acesso em: 13 mar. 2015.

⁴⁷ AMBIENTE BRASIL. **Tráfico de animais silvestres**: O Brasil é um dos principais alvos dos traficantes da fauna silvestre devido a sua imensa biodiversidade. Disponível em: <http://ambientes.ambientebrasil.com.br/fauna/trafico_de_animais_silvestres/trafico_de_animais_silvestres.html>. Acesso em: 19 out. 2015.

⁴⁸ PRADO, Luis Regis. **Direito penal do ambiente**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 163.

A Lei é considerada como o melhor mecanismo de defesa ambiental existente no ordenamento brasileiro até o momento. Define os crimes contra a fauna, contra a flora, os decorrentes de poluição, os contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, os contra a administração ambiental, e, ainda, as infrações administrativas.⁴⁹

O referido dispositivo tem como fim a preservação do patrimônio ecológico, principalmente da fauna silvestre, terrestre e aquática, ameaçada ou não de extinção. Tutelam-se todas as espécies, em qualquer de seus estágios de desenvolvimento – ovos, larvas, filhotes e animais adultos.⁵⁰ Segundo o artigo 1º da Lei nº 5.197/67, os animais silvestres pertencem à União. O artigo 225 da Constituição Federal, por outro lado, determina que a fauna integra o meio ambiente, sendo este bem de uso comum do povo. Isso significa que o Estado não é dono ou proprietário da fauna silvestre, mas somente responsável pelo gerenciamento desse bem que é de toda coletividade.⁵¹

O § 3º do art. 29 estabeleceu o conceito de fauna silvestre, ampliando a definição constante do art. 1º da Lei 5.197 (Lei de Proteção à Fauna). Trata-se, portanto, de norma penal meramente explicativa. Buscando auferir maior clareza ao dispositivo, Luís Paulo Sirvinskaskas definiu fauna silvestre como sendo “o conjunto de animais que vivem em determinada região. São os que têm seu *habitat* natural nas matas, nas florestas, nos rios e mares, animais estes que ficam, em regra, afastados do convívio do meio ambiente humano⁵²”.

A Lei ampara os animais nativos e os que estiverem em rota migratória. Espécies nativas são as características de uma região ou país, os naturais do Brasil. Espécies migratórias são as que mudam periodicamente, passando de uma região para outra, de um país para outro. Exemplo disso são os flamingos, os peixes e os golfinhos que, para se esconder do frio do inverno polar, migram em grupos para o Brasil, regressando para seus países de origem com a troca da estação.⁵³

⁴⁹ MAGALHÃES, Juraci Perez. *A evolução do direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 68.

⁵⁰ SIRVINSKASKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. 2. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 114.

⁵¹ SIRVINSKASKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. 2. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 114.

⁵² SIRVINSKASKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 584-585.

⁵³ FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 93.

Ressalta-se que os animais domésticos⁵⁴ e os domesticados⁵⁵ não são objeto do artigo 29. Todavia, a Lei não exclui esses animais de sua tutela penal, sendo eles protegidos através do artigo 32, que faz também menção expressa aos animais exóticos.^{56,57}

A proteção estabelecida nesse dispositivo não é absoluta. A Lei ressalva que o crime só se configura caso o indivíduo seja flagrado sem a competente licença, permissão ou autorização ou estiver agindo em desacordo com a obtida.⁵⁸ A autoridade encarregada da supervisão e da concessão dessas licenças é o IBAMA, órgão responsável por zelar pela preservação do meio ambiente. Importante mencionar que esse tipo de autorização raramente é concedido e, mesmo com tal documento, ações civis públicas intentadas no Judiciário têm obtido êxito na proibição da caça.⁵⁹

A Lei dos Crimes Ambientais procura tutelar também o *habitat* dos animais silvestres, seus lugares de abrigo e os locais onde eles chocam seus ovos e criam seus filhotes (art. 29, § 1º, I e II). Busca, o legislador, assegurar a reprodução da fauna. A modificação é penalizada porque muitas espécies, ao perceberem o toque do ser humano em seus ninhos, acabam abandonando-os. Essa situação é comum nas aves, como, por exemplo, a ema, que, ao sentir um cheiro diferente nos ovos, não mais os reconhece como seus e os deixa sozinhos à própria sorte. Além do mais, a destruição da toca ou abrigo retira do animal o seu local de refúgio e proteção, podendo levá-lo a morte, pois fica indefeso diante de predadores e vulnerável à chuva e ao frio.^{60,61}

O crime de traficar espécies silvestres está previsto no artigo 29, § 1º, inc. III. O legislador anteviu uma série de condutas reprováveis (vender, expor à venda, exportar, adquirir, guardar, ter em cativeiro ou depósito, utilizar ou transportar), tentando obstar ao máximo a modalidade mais nociva de agressão à

⁵⁴ Animais domésticos: são as espécies que foram submetidas a processos tradicionais de manejo, possuindo características biológicas e comportamentais em estreita dependência do homem para sua sobrevivência, sendo passível de transação comercial e, algumas, de utilização econômica. In: DIAS, Edna Cardozo. **A tutela jurídica dos animais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 103.

⁵⁵ Animais domesticados: são as espécies que são naturalmente encontradas na natureza, mas que por circunstâncias especiais passaram a conviver harmoniosamente com o homem, dele dependendo para sua sobrevivência, podendo ou não manter suas características comportamentais de animais silvestres. In: MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 488.

⁵⁶ Animais exóticos: são as espécies estranhas à fauna brasileira, ou seja, os animais estrangeiros como, por exemplo, o canguru. In: FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes contra a natureza**. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 91.

⁵⁷ GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Crimes Ambientais: comentários à Lei 9.605/98 (arts.1º a 69-A e 77 a 82)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 145-146.

⁵⁸ PRADO, Luis Regis. **Direito penal do ambiente**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 187.

⁵⁹ FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes contra a natureza**. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 93-94.

⁶⁰ SZNICK, Valdir. **Direito penal ambiental**. São Paulo: Ícone, 2001, p. 287-288.

⁶¹ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. 2. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 117.

fauna, qual seja, o comércio ilícito de animais.⁶² Todavia, a penalização prevista para este crime é bastante baixa, o que não contribui em nada para redução do cômputo dos números de incidência deste crime.⁶³ E igualmente desfavorável se mostra o fato da pena prevista ser idêntica a fixada para a caça e demais delitos do *caput* e incisos I e II do par. 1º;⁶⁴ o que, na opinião de Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas é “um dos piores erros da Lei dos Crimes Ambientais. O comércio, ato grave que causa, efetivamente, o maior dano à proteção dos espécimes, acabou se tornando um crime de bagatela.”⁶⁵

Ao utilizar a expressão “ter em depósito”, a intenção do legislador foi de controlar a situação que, normalmente, é preparatória para a venda ou transporte. Depósito indica grande quantidade de animais capturados com essência de mercadoria.⁶⁶

A Lei faz menção também aos “produtos e objetos” da fauna. Produto é um artigo fabricado, como bolsas de couro de jacaré, por exemplo. Objeto, por sua vez, é um bem não industrializado, não transformado, como um quadro de exposição de borboletas mortas.⁶⁷

Por derradeiro, não incorre no ilícito quem pratica uma das condutas do inciso III com autorização da autoridade oficial ou com espécies oriundas de criatórios legalizados. O comércio de animais silvestres, portanto, é permitido desde que o vendedor, quando lhe for solicitado, possa apresentar a licença cabível. Todavia, mesmo que o espécime não seja produto do tráfico, a criação doméstica desse tipo de animalzinho será sempre um incentivador da remoção contínua de animais da natureza.⁶⁸

⁶² GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Crimes Ambientais: comentários à Lei 9.605/98 (arts.1º a 69-A e 77 a 82)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 143.

⁶³ Crime de bagatela: é o crime de menor conteúdo ofensivo, de ínfima relevância penal. Sempre que a lesão for insignificante, incapaz de ofender o bem tutelado, não haverá adequação típica, ou seja, o ato praticado não será considerado como um crime, por isso, sua aplicação resulta na absolvição do réu. Para ser utilizado, faz-se necessária a presença de certos requisitos, tais como: mínima ofensividade da conduta do agente, ausência de periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada (exemplo: o furto de algo de baixo valor). O crime de bagatela está relacionado ao princípio da insignificância, cuja aplicação orienta-se no sentido de que o direito penal não se deve ocupar de condutas que não importem em lesão significativa a bens jurídicos relevantes, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Glossário jurídico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>>. Acesso em 15 mar. 2016.

⁶⁴ CAMPOS NETO, Antonio Augusto Machado de. O tráfico de animais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 106/107, jan./dez. 2011/2012, p.307-347. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67948/70556>. Acesso em: 18 ago. 2015.

⁶⁵ FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 100.

⁶⁶ SZNICK, Valdir. *Direito penal ambiental*. São Paulo: Ícone, 2001, p. 289.

⁶⁷ FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 98.

⁶⁸ CAMPOS NETO, Antonio Augusto Machado de. O tráfico de animais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 106/107, jan./dez. 2011/2012, p.307-347. Disponível em: <<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/67948-89380-1-PB.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2015.

É importante evidenciar, nesse sentido, a situação do parágrafo 2º, que trata da posse de animal silvestre como bicho de estimação. Nesses casos, se o animal não estiver em risco de extinção, o juiz pode deixar de aplicar a pena. Em resumo, é o perdão judicial convencionado para os donos de papagaios e animais similares.⁶⁹ Por certo, não raras vezes o dono tem muito afeto pelo seu bichinho e o trata com todos os cuidados possíveis. Com isso, procurou-se solucionar um antigo empecilho: o de milhares de animais vivendo em residências e sendo tratados como bichos de estimação. Por outro lado, surgiu um novo problema, dessa vez mais grave: essa anistia, além de estimular o comércio ilícito conforme já dito, se revela num obstáculo à reprodução das espécies que são criadas a domicílio.⁷⁰

Os animais silvestres apreendidos ainda com vida das mãos dos traficantes serão devolvidos à natureza se apresentarem condições de readaptação. Não sendo possível o retorno ao *habitat* natural, serão doados a jardins zoológicos ou fundações ambientalistas (art. 25, § 1º). Sob hipótese alguma os animais serão restituídos aos contrabandistas; tampouco os equipamentos e demais instrumentos empregados na execução do crime, os quais serão reciclados para descaracterização de suas funções originárias e, a seguir, vendidos pelo órgão que realizou a apreensão.⁷¹

A Lei dos Crimes Ambientais, apesar de apresentar algumas deficiências em pontos importantes, é norma fundamental para o Direito Ambiental brasileiro, pois ordenou e sistematizou leis esparsas de matéria ambiental, regulamentou condutas e prescreveu sanções para quem causasse danos ao meio ambiente. A Lei, portanto, constitui-se num grande avanço. De modo geral, é considerada moderna e inovadora e, por essa razão, deve ser cumprida rigorosamente.⁷²

Mais de quinze anos após a sua entrada em vigor, esta Norma ainda causa muita polêmica em relação a sua efetividade no plano prático. Todavia, uma questão é inegável: o próprio debate jurídico gerado em torno da Lei demonstra o reconhecimento do meio ambiente como um bem jurídico de suma importância. E a opção legislativa pela imposição de aplicação do Direito Penal, poder máximo intimidatório posto à disposição do Estado, é reflexo desse reconhecimento.⁷³

⁶⁹ FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 102.

⁷⁰ GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Crimes Ambientais: comentários à Lei 9.605/98 (arts. 1º a 69-A e 77 a 82)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 145.

⁷¹ SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. 2. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 96-97.

⁷² COPOLA, Gina. *A Lei dos Crimes Ambientais comentada artigo por artigo: jurisprudência sobre a matéria*. 2. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 196.

⁷³ PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 298.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O meio ambiente é um bem que pertence a toda coletividade e determinante da qualidade de vida humana. Dado o seu caráter essencial, está previsto na Constituição Federal como direito fundamental e carecedor de tutela jurídica. Daí advém o papel do Direito Ambiental como disciplinador das relações entre o homem e o meio ambiente, visando-se o desenvolvimento sustentável. Todos têm a obrigação de zelar pela proteção do meio ambiente, pois a própria sobrevivência da espécie humana depende da harmonia e estabilidade dos ecossistemas. Todavia, o comércio ilegal da fauna é um dos principais obstáculos à preservação da vida silvestre.

Constata-se que, na realidade, uma série de fatores contribui para a alta incidência dessa atividade ilegal e não um único fato isolado. Além da falibilidade do sistema de fiscalização e da brandura das penas, é possível mencionar os grandes lucros auferidos pelos contrabandistas, a falta de efetividade no recolhimento das multas administrativas, as estratégias ardilosas empregadas pelos criminosos para não serem apanhados pela polícia ambiental, o conhecimento de impunidade por parte dos agentes traficantes, entre outros. Todos esses elementos acabam por estimular a reincidência, fazendo com que novos animais sejam removidos da natureza, aumentando-se, a cada dia mais, o desequilíbrio ecológico.

Do mesmo modo, a criação de animais selvagens como bichos de estimação virou moda, fazendo com que as espécies sejam brutalmente arrancadas de seus *habitats* quando ainda filhotes, comercializadas e exibidas como objeto de ostentação. Este é um dos grandes problemas ambientais dos dias de hoje, pois provoca a redução do número de animais na natureza, o que, por consequência, implica em uma variação da propriedade funcional dos ecossistemas. Se perdurar esse cenário, o contrabando animal poderá ocasionar, em pouco tempo, o enriquecimento dos traficantes e a extinção de valiosas espécies.

Com a entrada em vigor da Lei nº 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais), foram sistematizadas as normas de defesa do meio ambiente, compilando-se todas em um único aparato legal. Especialmente, no seu artigo 29, regulamentou o crime de tráfico de animais silvestres e estabeleceram-se sanções nas áreas administrativa e penal. A Lei é o principal código ambiental existente no Brasil hoje. Porém, apesar do esforço do legislador, não logrou atingir as expectativas almejadas no plano prático.

Pôde-se constatar que o Brasil está muito atrasado no combate a esse crime. É fundamental proporcionar uma reforma na legislação do tráfico, definindo-se penas mais altas para o delito em questão, capazes de fazer os contrabandistas pensarem duas vezes antes de sequestrar animais das florestas. Ademais, limitar a aplicação de benefícios processuais previstos para o acusado, obrigando-o a ficar encarcerado ao invés de prestar serviços comunitários, pode-se revelar numa alternativa eficaz.

A grande questão é que o reconhecimento da imprescindibilidade do meio ambiente aumentou ao longo dos anos, mas ainda não é o suficiente para se garantir uma plena preservação da natureza, da fauna e dos recursos naturais. Conclui-se, a final, que a Lei nº 9.605/98 fixa sanções muito brandas para o tráfico silvestre. Esse fato, aliado à precariedade da estrutura fiscalizatória e riquíssima variedade de espécies, faz do território brasileiro um prato cheio para os exploradores da fauna.

REFERÊNCIAS

AMBIENTE BRASIL. **Tráfico de animais silvestres**: O Brasil é um dos principais alvos dos traficantes da fauna silvestre devido a sua imensa biodiversidade. Disponível em: <http://ambientes.ambientebrasil.com.br/fauna/trafico_de_animais_silvestres/trafico_de_animais_silvestres.html>. Acesso em: 19 out. 2015.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMPOS NETO, Antonio Augusto Machado de. O tráfico de animais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 106/107, jan./dez. 2011/2012, p.307-347. Disponível em: <<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/67948-89380-1-PB.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2015.

CONSERVATION INTERNATIONAL. **Tráfico de animais**. 2002. Disponível em: <http://www.nex.org.br/CAUSAS_TRAFICO.HTM>. Acesso em: 27 set. 2015.

COPOLA, Gina. **A Lei dos Crimes Ambientais comentada artigo por artigo**: jurisprudência sobre a matéria. 2. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 196.

DIAS, Edna Cardozo. **A tutela jurídica dos animais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 115-116.

DIAS, _____. **Tráfico de animais**. Disponível em <<http://www.leliobragacalhau.com.br/trafico-de-animais/>>. Acesso em: 18 set. 2015.

DUARTE, Nathália. Saiba qual é a rota do tráfico de animais silvestres no Brasil: aves correspondem a 80% das apreensões, segundo o Ibama: sudeste tem maior mercado consumidor de animais silvestres no país. **G1 Globo**. São Paulo, 07 out. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/10/saiba-qual-e-rota-do-trafico-de-animais-silvestres-no-brasil.html>>. Acesso em: 13 mar. 2015.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 191-192.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes contra a natureza**. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 93.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes contra a natureza**. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Crimes Ambientais**: comentários à Lei 9.605/98 (arts.1º a 69-A e 77 a 82). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 17.

INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS – IBAMA. **Fauna e tráfico**: as espécies mais traficadas do Brasil. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/fauna/trafico/downloads/10_traficadas.pdf>. Acesso em 22 mar. 2015.

_____. **Esforços para o combate ao tráfico de animais silvestres no Brasil**. Publicação traduzida do original “Efforts to Combat Wild Animals Trafficking in Brazil”. 26 out. 2012. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/sophia/cnia/periodico/esforcosparaocombateaotraficodeanimais.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

LOPES, José Carlos. **O tráfico ilegal de animais silvestres no Brasil**. Disponível em: <<http://www.jardimdeflores.com.br/ECOLOGIA/A07silvestres.htm>>. Acesso em: 02 mai. 2015.

MAGALHÃES, Juraci Perez. **A evolução do direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

MARINHO, Adriana Moreira. **O Poder Judiciário e o controle do tráfico de animais**. 2010. 52 f. Monografia (Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Administrativo Contemporâneo – Turma STJ), Centro Universitário de Brasília, UniCEUB/ICPD, Brasília, 2010. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/36386/Poder_judiciario_controle_trafico_animais.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2015.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, DOS RECURSOS HÍDRICOS E DA AMAZÔNIA LEGAL. **Primeiro relatório nacional para a Convenção sobre Diversidade Biológica**: Brasil. Brasília, 1998, p. 13. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/6_probio_completo.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2015.

NOBRE, Nicolle Neves. Da necessidade de um novo tipo penal: crime de tráfico de animais. **Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA**. Salvador, Faculdade de Direito da UFBA, v. 7, n. 11, jul./dez. 2007, p. 669-682. Disponível em: <<http://www.abolicionismoanimal.org.br/revistas/Revista%20Formandos%20Direito%20-%20parte%202.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PIOLI, Roberta Raphaelli. Tráfico de animais silvestres: legislação deve ser mais severa na punição para coibir prática criminosa. **Revista Visão Jurídica**. São Paulo, Escala, ed. 71, 2012. Disponível em: <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/71/artigo255410-1.asp>>. Acesso em: 28 fev. 2015.

PRADO, Luis Regis. **Direito penal do ambiente**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

REDE NACIONAL DE COMBATE AO TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES – RENCTAS. **1º Relatório Nacional sobre o Tráfico de Fauna Silvestre**. 2014. Disponível em: <http://www.renctas.org.br/wp-content/uploads/2014/02/REL_RENCTAS_pt_final.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2015.

RIBEIRO, Leonardo Barros; SILVA, Melissa Gogliath. O comércio ilegal põe em risco a diversidade das aves no Brasil. **Ciência e Cultura**. São Paulo, v. 59, n. 4, 2007. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252007000400002&script=sci_arttext>. Acesso em: 16 out. 2015.

SANTOS, Renata Rivelli Martins dos. **O artigo 225 da Constituição Federal e o tráfico de animais**. Disponível em: <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=2292>. Acesso em: 25 ago. 2015.

SÉGUIN, Elida. **Direito ambiental: nossa casa planetária**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. 2. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

SZNICK, Valdir. **Direito penal ambiental**. São Paulo: Ícone, 2001.

nanotecnologia: os efeitos dos nanorresíduos no meio ambiente à luz do princípio da precaução

Maicon Artmann

Bacharel em Direito pela Universidade Feevale e pesquisador, na mesma instituição. Cursa Especialização em Direito Processual Civil e Direito Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC). Advogado na Schenkel & Artmann Advocacia. E-mail: artmann.maicon@gmail.com.

Haide Maria Hupffer

Doutora em Direito pela Unisinos, Docente do PPG em Qualidade Ambiental e no Curso de Direito da Universidade Feevale. E-mail: haide@feevale.br.

INTRODUÇÃO

Os avanços na área da nanotecnologia sinalizam para a proximidade de uma nova era tecnológica, capaz de provocar efeitos sobre todos os aspectos da vida. Contudo, o destino e as consequências dos resíduos gerados por essa revolução ainda são incertos, especialmente no que tange ao meio ambiente.

Nesse sentido, considerando a relevância dessas transformações e os riscos que as contornam, este estudo objetiva trazer noções conceituais a respeito da nanotecnologia, exemplificar suas principais formas de aplicação, apontar os efeitos potenciais e os já conhecidos dos nanorresíduos sobre o ambiente para, enfim, examinar a aplicação do princípio da precaução para o direcionamento normativo do tema.

Relacionar o princípio da precaução com a utilização das nanotecnologias é tarefa que se impõe porque, diferentemente de outras tecnologias, a manipulação das nanopartículas representa um campo totalmente peculiar quando analisada sob a perspectiva dos riscos que poderia vir a ocasionar.

Para estudar as variações dos efeitos tóxicos que envolvem os nanomateriais em relação ao meio ambiente, realizou-se uma análise bibliográfica e pesquisas na legislação brasileira e estrangeira a respeito do tema. Artigos científicos produzidos por autores nacionais e internacionais foram essenciais para a elaboração deste texto, eis que o tema é atual e, por isso, a bibliografia está em constante processo de amadurecimento.

1 NANOTECNOLOGIA E NANORRESÍDUOS: NOÇÕES BÁSICAS

As nanotecnologias apresentam-se como uma adaptação às crescentes necessidades industriais e sociais. O termo é utilizado para referir o estudo de manipulação da matéria numa escala atômica e molecular. O principal objetivo, assim, é criar novos materiais, novos produtos e processos a partir da capacidade moderna de ver e manipular átomos e moléculas.¹

A expressão nanotecnologia deriva do prefixo grego *nános*, que significa anão, *techne*, que equivale a ofício, e *logos*, que expressa conhecimento.² Ainda, consoante conceito de Engelmann, Von Hohendorff e Santos, o termo não se refere a uma tecnologia única, “mas um agrupamento multidisciplinar

¹ BOESING, Ivan Jorge; MARTINS, Mirkos Ortiz. Computação biológica e Nanotecnologia. In: BARONE, Dantes Augusto Couto; BOESING, Ivan Jorge (Org.). *Inteligência artificial: diálogos entre mentes e máquinas*. Porto Alegre: Evangrafe, 2015, p. 179.

² VON HOHENDORFF, Raquel. Revolução nanotecnologia, riscos e reflexos no Direito: os aportes necessários da Transdisciplinariedade. In: ENGELMANN, Wilson; WITTMANN, Cristian (Org.). *Direitos Humanos e Novas Tecnologias*. Jundiaí: Paco Editorial, 2015, p. 194.

de física, química, engenharia biológica, materiais, aplicações, e conceitos nos quais o tamanho é a definição característica”. Para os autores, nano é uma medida e engloba a manipulação a nível molecular, átomo por átomo, “criando estruturas com organizações moleculares diferentes e explorando as novas propriedades exibidas em tal escala”, cujas partículas correspondem à ordem de 1-100 nanômetros (o que equivale a 0,00000001 metros), os quais não podem ser vistos a olho nu.³

No âmbito internacional, a Comissão Europeia, por sua vez, define os nanomateriais como:

A natural, incidental or manufactured material containing particles, in an unbound state or as an aggregate or as an agglomerate and where, for 50 % or more of the particles in the number size distribution, one or more external dimensions is in the size range 1 nm - 100 nm. In specific cases and where warranted by concerns for the environment, health, safety or competitiveness the number size distribution threshold of 50 % may be replaced by a threshold between 1 and 50 %.⁴

Os nanomateriais são geralmente produzidos pelo homem de forma artificial, mas podem se originar, também, de forma natural. No entanto, um olhar mais cuidadoso tem sido demandado para os impactos ambientais ocasionados por nanomateriais derivados da engenharia humana, pelas diferenças em relação aos materiais de escala normal, incluindo propriedades ópticas, comportamento térmico, resistência do material, solubilidade, condutividade e atividade catalítica.⁵

Dentre os diversos tipos de nanomateriais, podem-se citar as nanopartículas, os nanocristais, os nanofios, as nanofitas, os nanotubos e os nanocompósitos, todos materiais em escala nanométrica, com aplicações específicas. A grande vantagem desses materiais, além do seu tamanho, é a potencialização das

³ ENGELMANN, Wilson; VON HOHENDORFF, Raquel; SANTOS, Paulo Júnior Trindade dos. **A inovação nanotecnologia e suas consequências nas ciências de impacto: a necessária inovação e adaptação do direito para dar respostas jurídicas adequadas.** São Carlos: 2015, p. 36. Disponível em: <<http://www.semecip.ufscar.br/wp-content/uploads/2014/12/Wilson-Engelmann.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

⁴ COMISSÃO EUROPEIA. **Commission Recommendation of 18 October 2011 on the definition of nanomaterial.** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32011H0696>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

⁵ FUNDACENTRO. **Relatório de Viagem Internacional.** Oficina de pesquisa avançada – Nanomateriais: riscos e benefícios ambientais e produtos de consumo emergentes. Portugal, 2008. Disponível em: <www.fundacentro.gov.br/.../relatorio%20viagem_Arline%20NA TO_27%20a%2030%20abril_2008%20para%20o%20Portal.doc>. Acesso em: 04 out. 2016.

suas propriedades físicas e químicas, o que proporciona um vasto leque de possibilidades de aplicações. Dentre elas, podemos citar a nanobiotecnologia, os nanofármacos, a nanoeletrônica, a gravação e leitura magnética etc.

Para que se possa entender adequadamente a aplicabilidade dessa recente tecnologia, torna-se fundamental mencionar dois materiais que têm despertado especial interesse dos pesquisadores: os nanotubos e os nanofios. Os nanotubos cobertos de carbono, descobertos em 1991, possuem diâmetro que vão de nanômetros a micros, e são formados por rolos de grafite em forma de cilindro, com propriedades mecânicas e elétricas extraordinárias. Por isso, grandes empresas de informática e computação têm investido fortemente no desenvolvimento de memórias lógicas baseadas em nanotubos de carbono, nanofios de ouro e nanofitas de semicondutores, com o objetivo de miniaturizar cada vez mais os circuitos eletrônicos, dando origem a televisores e celulares surpreendentemente finos, por exemplo.⁶

A utilização da nanotecnologia é extremamente ampla e já é utilizada por grandes nomes da indústria mundial.

Adidas usa nanotubos de carbono para producir los tenis de correr con tapones más livianos. Easton Sport usa nanotubos de carbono para producir cuadros de bicicleta. Elko's Invisicon utiliza las propiedades conductivas de los nanotubos de carbono en la manufactura de capas transparentes para pantallas planas de luz OLED y para células solares. Los nanotubos también pueden reemplazar a los hilos de cobre que transmiten electricidad, modificando todo el comercio mundial. Braskem, produce una resina de polipropileno adicionada con cerámica en tamaño nanométrico que reemplaza metales y otros plásticos en las industrias de automóviles y de aparatos domésticos.⁷

Há milhares de produtos que contêm nanoestruturas e que já são comercializados, desde memórias eletrônicas, processadores, telas LED, fármacos, produtos de beleza e protetores solares, até ambientadores, dispensadores de nutrientes, potencializadores de sabor, fluidificadores ou inseticidas.⁸

⁶ BRITO, Ana Cristina Facundo de; PONTES, Daniel de Lima. **A indústria na era dos nanomateriais**. Disponível em: <<http://docente.ifrn.edu.br/albinonunes/disciplinas/quimica-experimental/industria-quimica/cap-8>>. Acesso em: 04 out. 2016.

⁷ FOLADORI, Guillermo; INVERNIZZI, Noela. **Implicaciones sociales y ambientales del desarrollo de las nanotecnologías en América Latina y el Caribe**. Disponível em: <<http://www19.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2015/15610.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁸ DURÁN, N.; MATTOSO, L. H. C.; MORAIS, P. C. **Nanotecnologia: Introdução, preparação e caracterização de nanomateriais e exemplos de aplicação**. 1. ed. São Paulo: Editora Artiber, 2006, p. 145-151.

Os nanomateriais também se aplicam em camisas, camisetas, meias soquetes, raquetes, tacos de hóquei, de beisebol, utensílios de cozinha, materiais para espelhos, composites para aeronáutica, painéis solares e em cristais de transparência regulável.⁹

Na construção civil, um dos nanomateriais em evidência é o nanotubo de carbono. Nessa área, a nanotecnologia ganha espaço na produção de revestimentos, impermeabilizantes, argamassas poliméricas, adesivos e selantes, lubrificantes atóxicos, solventes biodegradáveis e concreto.¹⁰

A nanomedicina é outra área importante nesse contexto. Acredita-se que ela será menos tóxica que a medicina atual. Já existem projetos de nanorobôs que poderiam atuar, individualmente, contra células cancerígenas. Já ocorre também o desenvolvimento de moléculas fluorescentes que, medindo apenas algumas centenas de átomos, apresentam forte brilho quando expostas a algumas funções biológicas como ataques cardíacos, derrames e infecções. Representariam, por isso, um avanço seguro no que tange ao diagnóstico celular.¹¹

A nanotecnologia também cria pernas no setor alimentício, conforme aponta estudo de Guillermo Foladori e Noela Invernizz publicado pela ReLANS (*Red Latinoamericana de Nanotecnología y Sociedad*):

En la alimentación, la nanotecnología se aplica en los productos, en los envases, en suplementos alimenticios y en la producción agrícola. Hay más de 200 compañías que investigan y/o producen en la rama. Se utiliza la nanotecnología en el propio producto, para, por ejemplo, homogeneizar la textura y enfatizar el sabor en cremas y helados, o para reducir el contenido graso, como lo investigan Kraft, Unilever, Nestlé, o Blue Pacific Flavors. O, también, para agregarle al producto suplementos alimenticios nanoencapsulados, como Omega3, fortificantes o adelgazantes.¹²

⁹ GONÇALVES, A. G. *Incorporação de nanomateriais em substratos têxteis*. 2008. 122 f. Dissertação (Mestrado em Engenharia Química)- Faculdade de Engenharia, Universidade do Porto, Portugal, 2008, p. 59.

¹⁰ LI, GengYing; WANG, Pei Ming; ZHAO, Xiaohua. *Mechanical behavior and microstructure of cement composites incorporating surface-treated multi-walled carbon nanotubos*. Carbon, n. 43, p. 1239-1245, 2005. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com>>. Acesso em: 10 out. 2016.

¹¹ FIGUEIREDO, José. *Nanomedicina: ficção ou realidade?* Universidade do Algarve. CNA – Centro para automação em nanobiotecnologia, 2009. Disponível em: <http://www.observatoriodoalgarve.com/cna/opinioes_ver.asp?opinioao=683>. Acesso em: 15 abr. 2016.

¹² FOLADORI, Guillermo; INVERNIZZI, Noela. *Implicaciones sociales y ambientales del desarrollo de las nanotecnologías en América Latina y el Caribe*. Disponível em: <<http://www19.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2015/15610.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

Apesar das irrefragáveis vantagens e benefícios que as nanotecnologias podem proporcionar aos mais diversos setores da indústria, há de se refletir a respeito dos resíduos gerados em razão de sua produção e de seu uso, tornando necessária uma avaliação dos danos que são e que poderão ser gerados à saúde do planeta em razão de sua utilização.

2 OS EFEITOS DOS NANORRESÍDUOS NO MEIO AMBIENTE

A liberação de nanorresíduos no ambiente aflora uma série de preocupações, especialmente pelas incertezas acerca de seus efeitos em longo prazo. Sabe-se que toda nova tecnologia pressupõe riscos e, na área da nanotecnologia, não é diferente. Contudo, as lacunas de conhecimento nos meios científico e político não impedem sua crescente utilização pela indústria. Pelo contrário:

A pesar que declaraban no saber de riesgos, no por ello limitaron la introducción en el mercado de productos de la nanotecnología; por el contrario, todas las políticas se orientaban a acelerar la penetración en el mercado, contra el planteamiento precautorio que enarbolaban muchas organizaciones sociales.³³

No cenário atual, o lançamento desses materiais no meio ambiente se dá de diversas formas, algumas conhecidas e outras ainda incertas.

As nanopartículas podem ser descarregadas de forma direta no solo, na água ou no ar, pelas próprias empresas que são responsáveis pela sua manufatura, ou como consequência de outros usos, como no caso de nanomateriais utilizados em materiais de construção, em vidros autolimpantes, tintas, cosméticos, embalagens etc.

Os tratamentos de esgotos municipais constituem outra fonte de resíduos com nanomateriais porque, normalmente, contêm grafites, cosméticos, protetores solares ou até mesmo produtos farmacêuticos, lavados ou descartados nos esgotos. Além disso, agroquímicos que contêm nanopartículas são, muitas vezes, liberados de forma direta na atmosfera ou no solo. Plásticos, materiais compósitos, têxteis, produtos eletrônicos e lubrificantes são também

³³ FOLADORI, Guillermo; INVERNIZZI, Noela. *Implicaciones sociales y ambientales del desarrollo de las nanotecnologías en América Latina y el Caribe*. Disponível em: <<http://www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2015/15610.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

fontes de contaminação, se liberados intencionalmente ou acidentalmente em mecanismos de destinação de resíduos, como aterros, esgotos ou até mesmo quando submetidos à incineração.¹⁴

Guillermo Foladori e Noela Invernizz argumentam que o risco associado às nanopartículas varia de acordo com o material em que estão incorporadas.

En este sentido es importante distinguir las nanopartículas que están disueltas en líquidos, las que están en sólidos y aquellas incorporadas a matrices. El Instituto Nacional para la Salud y Seguridad Ocupacional (NIOSH) de los Estados Unidos reconoce que los mayores riesgos de las nanopartículas están en polvos en estado sólido, dispersas o aglomeradas en los polvos, por ejemplo en cosméticos. En un segundo nivel de riesgo están las suspendidas en líquidos, como los nanotubos en agua. En un tercer nivel están las fijas en matrices, como los filmes delgados. Las que, por último, ofrecerían menor riesgo son las incorporadas en nanoestructuras, como aleaciones en metales.¹⁵

Nesse contexto, para que se entenda o potencial impacto que qualquer nanomaterial exerce sobre o meio ambiente, torna-se necessária a adoção de uma perspectiva de ciclo de vida. Isso envolve avaliar impactos que podem ocorrer em todo o ciclo de vida de um produto, incluindo as fases de produção, distribuição e descarte.¹⁶

Embora muitos danos gerados a partir da nanotecnologia ainda constituam pontos de interrogação para a comunidade científica, alguns prejuízos ao meio ambiente já puderam ser notados. É o caso, por exemplo, das nanopartículas com características coloidais, que podem facilmente transportar, a longas distâncias, materiais tóxicos como contaminantes hidrofóbicos e metais pesados. Ademais, os danos acentuam-se na medida em que essas nanopartículas têm como atributo principal a facilidade de dispersão, o que dificulta sua remoção por técnicas habituais de filtração.¹⁷

¹⁴ FUNDACENTRO. **Relatório de Viagem Internacional**. Oficina de pesquisa avançada – Nanomateriais: riscos e benefícios ambientais e produtos de consumo emergentes. Portugal, 2008, p. 36. Disponível em: <www.fundacentro.gov.br/.../relatorio%20viagem_Arline%20NATO_27%20a%2030%20abril_2008%20para%20o%20Portal.doc>. Acesso em: 10 out. 2016.

¹⁵ FOLADORI, Guillermo; INVERNIZZI, Noela. **Implicaciones sociales y ambientales del desarrollo de las nanotecnologías en América Latina y el Caribe**. Disponível em: <<http://www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2015/15610.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

¹⁶ WICKSON, Fern; NIELSEN, Kåre Nolde; QUIST, David. **Nano and the Environment: Potential Risks, Real Uncertainties & Urgent Issues**. Disponível em: <<http://genok.no/wp-content/uploads/2013/04/Biosafety-Brief-2011-01.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

¹⁷ BATISTA, R. S.; SOUZA, R. R. M.; SILVA, L. M. **Nanotecnologia e ensino de ciências à luz do enfoque CTS: uma viagem a Lilliput**. *Ciências&ideias*, 1(1):76-86. Disponível em: <<http://revistascientificas.ifrj.edu.br:8080/revista/index.php/reci/article/viewFile/27/78>>. Acesso em: 11 out. 2016.

Para Paschoalino, Marccone e Jardim, a preocupação com a liberação desses novos produtos também está fortemente relacionada ao fato de apresentarem alto grau de citotoxicidade (propriedade nociva de uma substância em relação às células) quando dispostos no ambiente.¹⁸

Adicionalmente, as nanopartículas provenientes da queima de combustível de aeronaves, constituídas principalmente por nanofibras de carbono, podem ter uma influência direta sobre fenômenos que ocorrem na estratosfera, sendo capazes de alterar o clima devido à absorção/reflexão da radiação solar, o ciclo de formação das nuvens e o processo de destruição de ozônio pela inclusão de uma área superficial ativa adicional.¹⁹

Outro exemplo preocupante é citado por Mooney. Consoante estudo do autor, o governo americano (por meio do Departamento de Oceanografia) e algumas empresas privadas lançaram, em uma área oceânica entre a Nova Zelândia e a Antártica, nanopartículas de ferro com diâmetro de até 20 nanômetros. Objetivavam, em suma, a absorção dos nutrientes de ferro pelo oceano, o que poderia produzir plâncton, que é responsável por captar gás carbônico da atmosfera. Esperava-se, dessa forma, que sua proliferação acarretaria, por consequência, uma redução da temperatura mundial. Entretanto, a experiência foi abandonada por dois motivos: se houvesse meio petroleiro de nanopartículas de ferro, ele poderia ter causado uma nova era glacial, ou seja, a experiência foi positiva no que se refere à diminuição da temperatura. Contudo, não havia certeza dos efeitos à jusante e houve uma enorme preocupação “sobre a possibilidade de conduzir à esterilização de mares tropicais”.²⁰

Como se pode observar, diversas são as indagações quanto aos riscos do contato das nanopartículas com o ambiente. O grande problema decorrente de seu uso é que não há certeza dos fatores nocivos provenientes dos produtos e subprodutos nanotecnológicos.²¹

¹⁸ PASCHOALINO, P. M., MARCONE, S. P. G., JARDIM, F. W. *Os nanomateriais e a questão ambiental*. *Quím. nova*, 33(2):421-430. Disponível em: <revistascientificas.ifrj.edu.br:8080/revista/index.php/revistapct/article/.../588/377> Acesso em: 11 out. 2016.

¹⁹ PASCHOALINO, P. M., MARCONE, S. P. G., JARDIM, F. W. *Os nanomateriais e a questão ambiental*. *Quím. nova*, 33(2):421-430. Disponível em: <revistascientificas.ifrj.edu.br:8080/revista/index.php/revistapct/article/.../588/377> Acesso em: 11 out. 2016.

²⁰ MOONEY, Pat Roy. Nanotecnologia, desestruturação produtiva e poder: um alerta para os cientistas sociais. In: MARTINS, Paulo Roberto (Org.). *Nanotecnologia, sociedade e meio ambiente*. São Paulo: Xamã, 2006. p. 165-173.

²¹ ECCHCP, European Commission Community Health and Consumer Protection. **Nanotechnologies: a preliminary Risk Analysis**. Workshop Organizado em Bruxelas, 1º e 2 de março de 2004. Health and Consumer Protection Directorate General of the European Commission. Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/health/ph_risk/events_risk_en.htm>. Acesso em: 24 jul. 2016.

Nesse cenário, os riscos e ameaças que esses irrefreáveis avanços representam às presentes e futuras gerações confrontam-se diretamente com o direito constitucional de viver num meio ambiente ecologicamente equilibrado, como extensão do próprio direito à vida. Torna-se necessária, portanto, uma reflexão a respeito da aplicação do princípio da precaução no que concerne aos efeitos da nanotecnologia sobre o meio ambiente.

3 OS NANORRESÍDUOS À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Se, de um lado, o avanço tecnológico faz emergir inúmeros benefícios para a sociedade, por outro, multiplica situações de risco cada vez mais complexas e, por vezes, ainda imperceptíveis.²²

As oportunidades de desenvolvimento da nanotecnologia tornam-se todos os dias mais vastas e representam um grande potencial de inovação tecnológica. Entretanto, os nanorresíduos ainda estão inseridos em um campo nebuloso de incertezas, na medida em que pouco se sabe o quanto esses produtos podem afetar, por exemplo, a cadeia alimentar ou a qualidade do ar.²³

Nesse panorama, torna-se imperiosa a observância do princípio jurídico ambiental da precaução, apto a lidar com situações nas quais o meio ambiente possa vir a sofrer graves impactos causados por novos produtos e tecnologias (como é o caso dos nanomateriais) que ainda não tenham gerado uma acumulação histórica de informações que assegurem, claramente, quais as consequências que poderão advir de sua liberação no meio ambiente.²⁴

Os princípios, para José Afonso da Silva, constituem verdadeiras ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas. Em outras palavras, são “núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais”. Assim, os princípios podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios e constituindo preceitos básicos da organização constitucional.²⁵

²² BECK, U. *La sociedad del riesgo, hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998, p. 83.

²³ SHATKIN, J. A. *Nanotechnology: Health and Environmental Risks*. Nova Iorque: CRC Press Taylor and Francis Group, 2008, p. 167.

²⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 33.

²⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 94.

Nesse contexto, o princípio da precaução versa, em suma, a respeito da associação respeitosa e funcional do homem com a natureza. Trata, sobretudo, das ações antecipatórias para proteger a saúde das pessoas e dos ecossistemas. Precaução é um dos princípios que guia as atividades humanas e, por isso, está enlaçado a outros conceitos como justiça, equidade, respeito, senso comum e prevenção.²⁶

O princípio da precaução, como se percebe pela leitura da Carta Magna Brasileira, no art. 225, §1º, I, IV, V, busca resguardar um objetivo primordial do texto constitucional, qual seja, manter o meio ambiente ecologicamente equilibrado, salvaguardando a sadia qualidade de vida.²⁷

Na literatura e em tratados nacionais, uma variedade de definições pode ser encontrada para o princípio da precaução.

A ideia de precaução é trazida, por exemplo, nas diretrizes elencadas pela Declaração do Rio/92 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, proposta na Conferência no Rio de Janeiro, em junho de 1992, impondo a necessidade de uma “garantia contra os riscos potenciais que, de acordo com o estado atual do conhecimento, não podem ser ainda identificados”. De forma específica, o item 15 da referida declaração anuncia que, “para que o ambiente seja protegido, serão aplicadas pelos Estados, de acordo com as suas capacidades, medidas preventivas. Onde existam ameaças de riscos sérios ou irreversíveis, não será utilizada a falta de certeza científica total como razão para o adiamento de medidas eficazes, em termos de custo, para evitar a degradação ambiental”.

No âmbito da União Europeia, o princípio vem assim descrito:

The precautionary principle applies where scientific evidence is insufficient, inconclusive or uncertain and preliminary scientific evaluation indicates that there are reasonable grounds for concern that the potentially dangerous effects on the environment, human, animal or plant health may be inconsistent with the high level of protection chosen by the EU.²⁸

Tem-se indicado, na doutrina jurídica, que a precaução é voltada para os riscos inéditos, desconhecidos, de previsibilidade científica razoável ainda inexistente. Paralelamente, ainda que com conformação racional bastante diferenciada, encontra-se o princípio da prevenção, sendo que a combinação de

²⁶ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. O princípio da precaução. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/legislacao/item/7512-princ%C3%ADpio-da-precau%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 12 out. 2016.

²⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 ago. 2016.

²⁸ UNIÃO EUROPEIA. Communication from the commission on the precautionary principle COM 1. Brussels: Commission of the European Communities. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV%3A132042>>. Acesso em: 16 out. 2016.

ambos visa tutelar, de maneira preventiva, as consequências do desconhecido e do provável. Enquanto “a prevenção visa riscos conhecidos”, a precaução, por sua vez, circunda os atos “em um mundo recheado de dúvidas, trazendo os saberes à prova, e, em um mundo precavido, há de se indagar sempre se existe relativo grau de perigo nas consequências da ação a ser iniciada”.²⁹ Portanto, a precaução apresenta-se “como um direito fundamental a partir do momento em que determinada pesquisa ou atividade gera riscos desconhecidos à manutenção da vida digna, segura e saudável do ser humano”.³⁰

O princípio da precaução tem quatro componentes básicos que, em suma, são: a) a incerteza passa a ser considerada na avaliação de risco; b) o ônus da prova cabe ao proponente da atividade; c) na avaliação de risco, um número razoável de alternativas ao produto ou processo, devem ser estudadas e comparadas; e d) para ser precaucionária, a decisão deve ser democrática, transparente e ter a participação dos interessados no produto ou processo.

No rol apresentado, um dos tópicos demanda um olhar mais próximo e observador. Nas ações judiciais ambientais, a inversão do ônus da prova é utilizada como regra de julgamento em prol do meio ambiente, impondo ao causador do dano o ônus de provar que sua conduta não causou lesão ao meio ambiente. Pela aplicação do princípio da precaução, inverte-se o ônus probatório para que o potencial causador do dano prove que sua atividade não causará dano ambiental grave ou irreversível, ou ainda, que não causará dano de difícil reparação.

Marcelo Abelha Rodrigues defende que tal inversão é regra já reconhecida pelo provável poluidor, a partir do momento em que se assume o risco da atividade econômica. Assim, nos casos em que há “hipossuficiência científica”, a inversão do ônus da prova com fundamento no princípio da precaução pode ser aplicada em qualquer ação judicial que trate de responsabilidade civil ambiental, devendo o julgador determinar essa inversão desde o despacho saneador.³¹

Em outras palavras, o emprego do princípio da precaução na esfera jurídica acarreta a inversão do ônus da prova, obrigando o degradador a provar que sua atividade não causa qualquer prejuízo ao meio ambiente. Essa tarefa, como se verificou, constitui verdadeiro desafio na área das nanotecnologias, ainda capenga no que tange às suas consequências em longo prazo.

²⁹ CATALAN, Marcos Jorge. *Proteção constitucional do meio ambiente e seus mecanismos de tutela*. 1. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 65-66.

³⁰ ENGELMANN, Wilson; FLORES, André Stringhi; WEYERMÜLLER, André Rafael. *Nanotecnologias, Marcos Regulatórios e Direito Ambiental*. Curitiba: Honoris Causa, 2010, p.130.

³¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 208-211.

Essa proteção se justifica na medida em que, pela regra geral tradicional, o ônus da prova poderia recair sobre a parte mais fraca do conflito, ou seja, aquele que não tem condições de fazer a melhor prova capaz de lhe assegurar o direito invocado. Paralelamente, deve ser observada a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova³², segundo a qual pouco importa a posição da parte ou a natureza do fato (se constitutivo, impeditivo, modificativo, ou extintivo de direitos), mas sim “que o julgador aprecie, no caso concreto, qual das partes possui as melhores condições de suportar o ônus da prova e assim proceda”.³³

A necessária observância do princípio da precaução no caminhar dos avanços na área da nanotecnologia é medida que se impõe, visto que, partindo de uma visão sistêmica, o meio ambiente abrange não apenas os recursos naturais, artificiais e culturais, mas também todas as demais condições e influências que regem e abrigam vida em todas as suas formas.³⁴ Sendo assim, quantificar e dimensionar um dano ambiental constituem árduas tarefas, uma vez que um dano ao meio ambiente, seja pelo ar, pela água ou pelo solo, ocasiona impactos que ecoam em todo o ecossistema. A disposição de nanorresíduos no solo, por exemplo, atingirá o meio ambiente de forma sistêmica, ainda que, sob um primeiro olhar, apenas o solo e a água sejam imediatamente atingidos. A figura 1 exemplifica como os nanorresíduos podem se movimentar no ecossistema, potencializando seus danos.

³² Também chamada como teoria da carga dinâmica do ônus da prova, “consiste em retirar o peso da carga da prova de quem se encontra em evidente debilidade de suportá-lo, impondo-o à parte que se encontre em melhores condições de produzir a prova essencial ao deslinde do litígio”. In: ANGRISANI, Vera Lúcia. **Ônus da prova no processo civil em matéria ambiental**. Disponível em: <http://www.epm.tjsp.jus.br/Internas/Artigos/DirAmbUrbanismoView.aspx?ID=23393#_ftn1>. Acesso em 15 out. 2016.

³³ ANGRISANI, Vera Lúcia. **Ônus da prova no processo civil em matéria ambiental**. Disponível em: <http://www.epm.tjsp.jus.br/Internas/Artigos/DirAmbUrbanismoView.aspx?ID=23393#_ftn1>. Acesso em 15 out. 2016.

³⁴ MANSUR, Yasmine Santos. **Desenvolvimento Sustentável: o princípio da precaução como uma ferramenta equalizadora entre os interesses da natureza e da sociedade**. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/viewFile/191/165>>. Acesso em: 10 out. 2016.

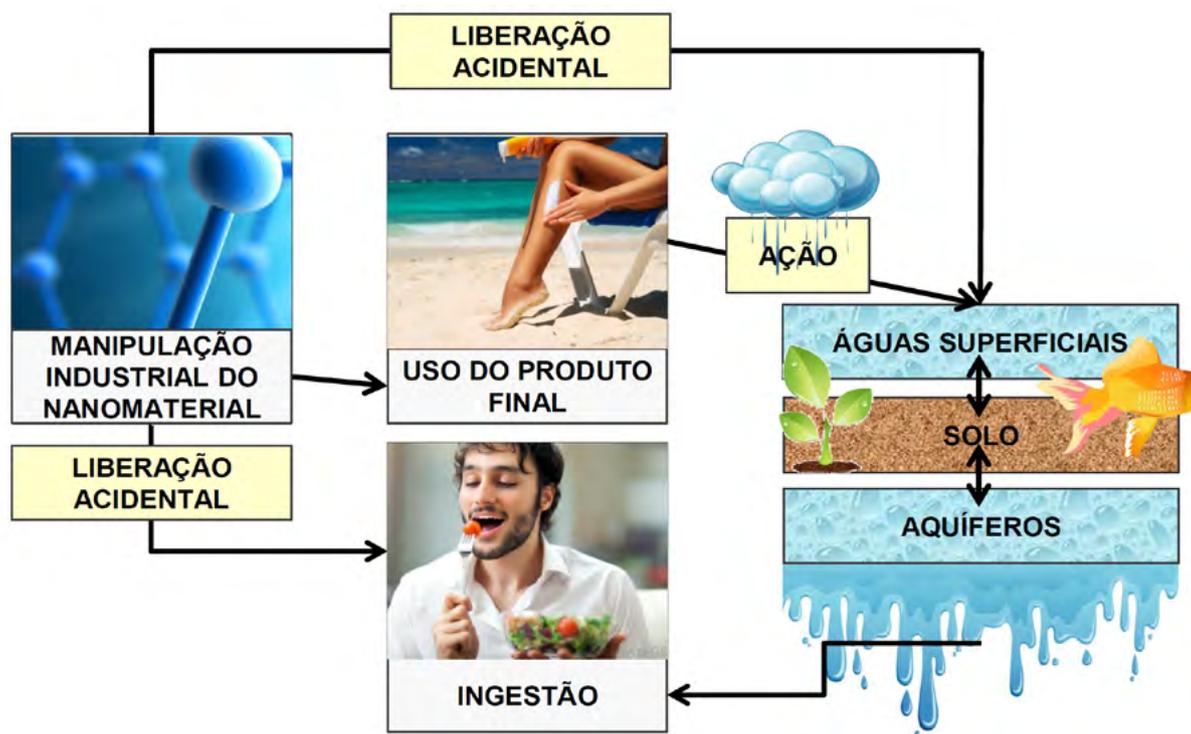


Figura 1 - Efeitos nos nanorresíduos no ecossistema
Fonte: elaborada pelos autores

Como se percebe, são polêmicas as questões relacionadas aos cuidados necessários na manipulação da matéria em escala manométrica. Especificamente sobre o tema, o Fórum Intergovernamental sobre Segurança Química, do qual o Brasil faz parte, aprovou, em setembro de 2008, oito diretrizes que devem reger a vigilância das nanotecnologias e dos nanomateriais. Nesse rol, a ideia de precaução é a primeira a ser abordada, no sentido de que as nanotecnologias sejam sempre submetidas a esse princípio, justamente pela possibilidade de impactar a saúde e o meio ambiente.

O referido fórum discutiu, ainda, a necessidade de uma análise do ciclo de vida dos nanomateriais no ambiente, na saúde e na segurança ocupacional, previamente ao lançamento desses produtos no mercado, além da rotulagem mandatória para itens nanomanufaturados ou que contenham nanomateriais.³⁵ Entretanto, pouco se caminhou até agora, no país e no mundo, no que toca à regulamentação desses produtos.

Em se tratando de inovações tecnológicas, a regulamentação de um tema aponta para o sentido em que o país quer caminhar, podendo potencializar uma tecnologia, ou seja, promover o desenvolvimento de forma mais célere proporcionada por uma atuação estatal mínima, ou conduzir a um sistema mais protetivo do cidadão, e não da tecnologia.³⁶

Em contrapartida, vale ressaltar que a observância do princípio da precaução pelo poder público não objetiva necessariamente estancar o progresso da humanidade, da ciência, ou da economia, tampouco edificar obstáculos para o desenvolvimento da indústria. O referido princípio visa, sim, à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta.³⁷

O princípio da precaução vem ao encontro de uma nova maneira de pensar o capitalismo, ao passo que o lucro já não deve estar em primeiro lugar, grifando-se a necessidade de ponderação sobre as consequências à saúde do meio ambiente. Nesse contexto, deve-se também considerar não só o risco iminente de uma determinada atividade como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais o atual estágio de desenvolvimento da ciência ainda não consegue captar em toda amplitude.³⁸

Ademais, uma vez consciente da importância do meio ambiente, a sociedade torna-se apta a avaliar a necessidade de uma determinada atividade e, por meio do Direito, do Estado e de sua própria organização, pode instrumentalizar as políticas públicas com a introdução do princípio da precaução, de modo a verificar se aquilo que se pretende empreender é realmente indispensável.³⁹

³⁵ IFCS. **Sixth Intergovernmental Forum on Chemical Safety**. Nanotechnology and manufactured nanomaterials. Dakar, Senegal, 2008. Disponível em: <http://www.who.int/ifcs/saicm/conference_chemicals/letterunep_en.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2016.

³⁶ HANKIN, Steve M.; CABALLERO, Nelson Eduardo Durán. **Regulação da tecnologia no Brasil e na União Europeia**. 2014, p. 03. Disponível em: <http://sectorialogues.org/sites/default/files/acoes/documentos/dialogos_setoriais_-_nanotecnologia_portugues.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2016.

³⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 56.

³⁸ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 167.

³⁹ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 78.

O conflito entre as ideias de sustentabilidade e progresso econômico, aliado à existência de uma gama demasiadamente ampla de utilização dos nanoproductos, leva parte dos autores a referir que a aplicação do princípio da precaução à nanotecnociência requer uma análise diferenciada, não sendo sensato atribuir a todos os ramos dessa tecnologia a conotação de ameaça inerente, porque, embora os relatórios e artigos científicos sobre nanotecnociência façam referência a definições, terminologias, toxicidade, segurança e regulação, ainda restam dúvidas e incertezas, em parte devido à falsa noção de que todas as nanopartículas, indistintamente, têm um modo de toxicidade desconhecido e específico.⁴⁰

Certo é que, em virtude da descoberta crescente de nanopartículas, da lacuna de conhecimento acerca de comportamento desses materiais manipulados em escala de tamanho extremamente reduzida e da ausência de validação dos testes de toxicologia para avaliação da segurança e dos riscos dessas partículas, verifica-se que os dados atualmente disponíveis são insuficientes para assegurar a liberação, a comercialização e o uso de produtos nanotecnológicos,⁴¹ sem que o tema seja minimamente abraçado pelo Direito.

Para que a nanotecnologia atinja seu pleno potencial torna-se imperioso um equilíbrio entre o controle dos riscos, por meio da criação de legislação específica, e o desenvolvimento da tecnologia para o benefício da sociedade, concomitante ao estabelecimento de medidas de proteção responsáveis e acessíveis nos pontos em que ainda restam incertezas, aplicando-se o princípio da precaução.⁴²

Atualizar a legislação em uma área tão recente e dinâmica como a nanotecnologia constitui um trabalhoso, mas necessário, desafio. Apesar da inexistência de leis específicas no Brasil, interessante mencionar o Projeto de Lei nº 6.741/2013, que esboça uma série de diretrizes a serem observadas no campo das nanotecnologias, incluído os da precaução e prevenção, além de prever instrumentos como a criação de um cadastro nacional para controle e acompanhamento de projetos de pesquisa nessa área, autorizações do poder público no que se refere à produção, pesquisa e comercialização de nanoproductos e exigências de estudos acerca dos impactos ambientais gerados por esses itens.⁴³

⁴⁰ TAVARES, Eder Torres; SCHRAMM, Fermin Roland. **Princípio de precaução e nanotecnociências**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422015000200244#B67>. Acesso em: 10 ago. 2016.

⁴¹ GEBEL, Tomas; MARCHAN, Hengstler. **The nanotoxicology revolution**. Disponível em: <<http://paperity.org/p/35789551/the-nanotoxicology-revolution>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

⁴² HANKIN, Steve M.; CABALLERO, Nelson Eduardo Durán. **Regulação da tecnologia no Brasil e na União Europeia**. 2014, p. 03. Disponível em: <http://sectorialogues.org/sites/default/files/acoes/documentos/dialogos_setoriais_-_nanotecnologia_portugues.pdf>. Acesso em: 4 maio 2016.

⁴³ BRASIL. **Projeto de Lei n. 6.741/2013**. Dispõe sobre a Política Nacional de Nanotecnologia, a pesquisa, a produção, o destino de rejeitos e o uso da nanotecnologia no país, e dá outras providências. Brasília: 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1177566&filename=PL+6741/2013>. Acesso em: 02 abr. 2016.

Atualmente, para Engelmann, Flores e Weyermüller, verifica-se, no Brasil, a possibilidade de aplicação às nanotecnologias de uma técnica legislativa chamada de “tipo de perigo abstrato”, haja vista a incerteza de seus efeitos, o que possibilita atribuir à qualidade de um crime a determinadas condutas, independentemente da produção de um resultado externo. No caso das nanotecnologias, em que pese não se verifique a ocorrência de resultados danosos, essa técnica surge como elemento de antecipação de tutela, acentuando o papel de precaução do Direito.⁴⁴

A necessidade de uma legislação específica sobre o tema se corrobora na medida em que o risco da nanotecnologia se potencializa com a expansão de suas aplicações, sem ocorrer o mesmo com as pesquisas voltadas para análise de suas consequências sociais, econômicas e ambientais. Logo, a ausência de informação a respeito dos efeitos nocivos dessas inovações no meio ambiente justifica a criação de medidas de prudência, ou seja, de precaução.

Dito de outra forma, a incerteza científica quanto aos danos potenciais das diversas aplicações da nanotecnologia não pode justificar um estado de inércia por parte do Direito e da sociedade como um todo. Ao contrário, descuidar do princípio da precaução na discussão de políticas de gestão de risco e na regulamentação da nanotecnologia pode levar a danos devastadores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O avanço da nanotecnologia é inevitável. Entretanto, é essencial que se verifiquem métodos seguros de evoluir nessa área sem expor o meio ambiente e as presentes e futuras gerações a danos, muitos ainda desconhecidos, advindos da utilização incontrolada de nanoproductos.

Verifica-se, por meio deste estudo, que alguns danos decorrentes da nanotecnologia já são observados e há, ainda, uma vasta gama de danos potenciais, talvez incontornáveis, que podem atingir o meio ambiente e a saúde do planeta, em longo prazo, especialmente em decorrência do reduzido tamanho dos nanomateriais e dos nanorresíduos, o que lhes confere características peculiares.

Torna-se urgente, portanto, que a temática receba o devido acolhimento na legislação, a fim de que se o Direito possa exercer seu papel preventivo, além de oferecer respostas a eventuais consequências relacionadas ao uso das nanotecnologias.

⁴⁴ ENGELMANN, Wilson; FLORES, André Stringhi; WEYERMÜLLER, André Rafael. *Nanotecnologias, Marcos Regulatórios e Direito Ambiental: Construindo um diálogo transdisciplinar na busca de marcos regulatórios em nanotecnologias*. 1. ed. Paraná: Honoris Causa, 2010, p. 201.

Nesse cenário, o princípio da precaução tem a finalidade de equalizar interesses e, como instrumento de gestão dos riscos envolvidos nas atividades humanas, oferecer aos legisladores e políticos uma alternativa para conciliar os avanços econômicos e tecnológicos, sem que se descuide do meio ambiente. Para tanto, é preciso constante observação e ponderação, razoável e imparcial, entre os vários interesses envolvidos nas práticas humanas.

Por fim, é necessário manter em mente que as inovações tecnológicas, como é o caso das nanotecnologias, devem ser não somente tecnicamente possíveis e economicamente lucrativas, mas também ambiental e biologicamente seguras, além de eticamente benéficas à sociedade. Trata-se, é verdade, de uma gama desafiadoramente ampla de requisitos, cujo cumprimento objetiva elevar e proteger o mais precioso bem: a vida.

REFERÊNCIAS

ANGRISANI, Vera Lúcia. **Ônus da prova no processo civil em matéria ambiental**. Disponível em: <http://www.epm.tjsp.jus.br/Internas/Artigos/DirAmbUrbanismoView.aspx?ID=23393#_ftn1>. Acesso em 15 out. 2016.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BATISTA, R. S.; SOUZA, R. R. M.; SILVA, L. M. **Nanotecnologia e ensino de ciências à luz do enfoque CTS: uma viagem a Lilliput**. *Ciências&ideias*, 1(1):76-86. Disponível em: <<http://revistascientificas.ifrj.edu.br:8080/revista/index.php/reci/article/viewFile/27/78>>. Acesso em: 11 out. 2016.

BECK, U. **La sociedad del riesgo, hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 1998.

BOESING, Ivan Jorge; MARTINS, Mirkos Ortiz. **Computação biológica e Nanotecnologia**. In: BARONE, Dantes Augusto Couto; BOESING, Ivan Jorge (Org.). **Inteligência artificial: diálogos entre mentes e máquinas**. Porto Alegre: Evangrafe, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 ago. 2016.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 6.741/2013**. Dispõe sobre a Política Nacional de Nanotecnologia, a pesquisa, a produção, o destino de rejeitos e o uso da nanotecnologia no país, e dá outras providências. Brasília: 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1177566&filename=PL+6741/2013>. Acesso em: 02 abr. 2016.

BRITO, Ana Cristina Facundo de; PONTES, Daniel de Lima. **A indústria na era dos nanomateriais**. Disponível em: <<http://docente.ifrn.edu.br/albinonunes/disciplinas/quimica-experimental/industria-quimica/cap-8>>. Acesso em: 04 out. 2016.

CATALAN, Marcos Jorge. **Proteção constitucional do meio ambiente e seus mecanismos de tutela**. 1. ed. São Paulo: Método, 2008.

COMISSÃO EUROPEIA. **Comission Recommendation of 18 October 2011 on the definition of nanomaterial**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32011H0696>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DURÁN, N.; MATTOSO, L. H. C.; MORAIS, P. C. **Nanotecnologia**: Introdução, preparação e caracterização de nanomateriais e exemplos de aplicação. 1. ed. São Paulo: Editora Artiber, 2006.

ECCHCP, European Commission Community Health and Consumer Protection. **Nanotechnologies**: a preliminary Risk Analysis. Workshop Organizado em Bruxelas, 1º e 2 de março de 2004. Health and Consumer Protection Directorate General of the European Commission. Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/health/ph_risk/events_risk_en.htm>. Acesso em: 24 jul. 2016.

ENGELMANN, Wilson; FLORES, André Stringhi; WEYERMÜLLER, André Rafael. **Nanotecnologias, Marcos Regulatórios e Direito Ambiental: Construindo um diálogo transdisciplinar na busca de marcos regulatórios em nanotecnologias**. 1. ed. Paraná: Honoris Causa, 2010.

ENGELMANN, Wilson; VON HOHENDORFF, Raquel; SANTOS, Paulo Júnior Trindade dos. **A inovação nanotecnologia e suas consequências nas ciências de impacto**: a necessária inovação e adaptação do direito para dar respostas jurídicas adequadas. São Carlos: 2015. Disponível em: <<http://www.semecip.ufscar.br/wp-content/uploads/2014/12/Wilson-Engelmann.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

FIGUEIREDO, José. **Nanomedicina**: ficção ou realidade? Universidade do Algarve. CNA – Centro para automação em nanobiotecnologia, 2009. Disponível em: <http://www.observatoriodoalgarve.com/cna/opinioes_ver.asp?opinioe=683>. Acesso em: 15 abr. 2016.

FOLADORI, Guillermo; INVERNIZZI, Noela. **Implicaciones sociales y ambientales del desarrollo de las nanotecnologías en América Latina y el Caribe**. Disponível em: <<http://www19.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2015/15610.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

FUNDACENTRO. **Relatório de Viagem Internacional**. Oficina de pesquisa avançada – Nanomateriais: riscos e benefícios ambientais e produtos de consumo emergentes. Portugal, 2008. Disponível em: <www.fundacentro.gov.br/.../relatorio%20viagem_Arline%20NATO_27%20a%2030%20abril_2008%20para%200%20Portal.doc>. Acesso em: 04 out. 2016.

GEBEL, Tomas; MARCHAN, Hengstler. **The nanotoxicology revolution**. Disponível em: <<http://paperity.org/p/35789551/the-nanotoxicology-revolution>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

GONÇALVES, A. G. **Incorporação de nanomateriais em substratos têxteis**. 2008. 122 f. Dissertação (Mestrado em Engenharia Química)- Faculdade de Engenharia, Universidade do Porto, Portugal, 2008.

HANKIN, Steve M.; CABALLERO, Nelson Eduardo Durán. **Regulação da tecnologia no Brasil e na União Europeia**. 2014, p. 03. Disponível em: <http://sectordialogues.org/sites/default/files/acoes/documentos/dialogos_setoriais_-_nanotecnologia_portugues.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2016.

IFCS. **Sixth Intergovernmental Forum on Chemical Safety**. Nanotechnology and manufactured nanomaterials. Dakar, Senegal, 2008. Disponível em: <http://www.who.int/ifcs/saicm/conference_chemicals/letterunep_en.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2016.

LI, GengYing; WANG, Pei Ming; ZHAO, Xiaohua. **Mechanical behavior and microstructure of cement composites incorporating surface-treated multi-walled carbon nanotubos**. Carbon, n. 43, p. 1239-1245, 2005. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com>>. Acesso em: 10 out. 2016.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MANSUR, Yasmine Santos. **Desenvolvimento Sustentável: o princípio da precaução como uma ferramenta equalizadora entre os interesses da natureza e da sociedade**. Disponível em: <<http://revista.unicritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/viewFile/191/165>>. Acesso em: 10 out. 2016.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **O princípio da precaução**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/legislacao/item/7512-princ%C3%ADpio-da-precau%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 12 out. 2016.

MOONEY, Pat Roy. Nanotecnologia, desestruturação produtiva e poder: um alerta para os cientistas sociais. In: MARTINS, Paulo Roberto (Org.). **Nanotecnologia, sociedade e meio ambiente**. São Paulo: Xamã, 2006.

PASCHOALINO, P. M., MARCONE, S. P. G., JARDIM, F. W. **Os nanomateriais e a questão ambiental**. Quím. nova, 33(2):421-430. Disponível em: <<http://revistascientificas.ifrj.edu.br:8080/revista/index.php/revistapct/article/.../588/377>> Acesso em: 11 out. 2016.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação Civil Pública e Meio Ambiente**. São Paulo: Forense Universitária, 2003.

SHATKIN, J. A. **Nanotechnology: Health and Environmental Risks**. Nova Iorque: CRC Press Taylor and Francis Group, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

TAVARES, Eder Torres; SCHRAMM, Fermin Roland. **Princípio de precaução e nanotecnociências**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422015000200244#B67>. Acesso em: 10 ago. 2016.

UNIÃO EUROPÉIA. **Communication from the commission on the precautionary principle COM 1**. Brussels: Commission of the European Communities. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV%3A132042>>. Acesso em: 16 out. 2016.

VON HOHENDORFF, Raquel. Revolução nanotecnologia, riscos e reflexos no Direito: os aportes necessários da Transdisciplinariedade. In: ENGELMANN, Wilson; WITTMANN, Cristian (Org.). **Direitos Humanos e Novas Tecnologias**. Jundiaí: Paco Editorial, 2015.

WICKSON, Fern; NIELSEN, Kåre Nolde; QUIST, David. **Nano and the Environment: Potential Risks, Real Uncertainties & Urgent Issues**. Disponível em: <<http://genok.no/wp-content/uploads/2013/04/Biosafety-Brief-2011-01.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

educação ambiental e normas de comando–controle como instrumentos da política nacional de resíduos sólidos: estudo de caso no município de porto alegre

Mara Cristina Borges

Bacharel em Direito pela Universidade Feevale

E-mail: Maraborges2008@hotmail.com.

Rafael Pereira

Advogado. Mestre em Qualidade Ambiental
e Especialista em Direito Ambiental pela
Universidade Feevale.

E-mail: rafaelpereira@feevale.br

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo tem como objeto de estudo, os principais impactos resultantes de uma efetiva aplicabilidade das políticas de Educação Ambiental, poder de polícia e normas de comando-controle, como instrumentos indutores da Lei - Política Nacional de Resíduos Sólidos. O estudo realizado visa apurar a adequação dos Municípios quanto às regras estabelecidas pela PNRS, tendo em vista, o destaque exercido pela referida lei diante de um grande problema há anos enfrentado no Brasil: a gestão dos resíduos sólidos. Para tanto faz-se uma experiência no Município de Porto Alegre quanto ao desenvolvimento de tais políticas, dificuldades enfrentadas e os principais resultados alcançados.

A Educação e fiscalização ambiental são importantes instrumentos estabelecidos pela PNRS, considerados de grande relevância para a proteção do Meio Ambiente, tendo em vista, versarem sobre políticas correlatas, buscando um único objetivo: a proteção e a preservação ambiental. Nesse sentido, é de extrema importância que tais políticas tenham total desenvolvimento, eis que através delas é que será possível alcançar a sustentabilidade que a lei propõe, bem como o equilíbrio social e econômico. Da mesma forma, é imperioso que haja uma efetiva fiscalização quanto à aplicabilidade da norma ambiental na gestão de resíduos sólidos através de tais instrumentos, levando-se em consideração o grau de poluição que o manejo inadequado e descarte irregular destes venham causar ao Meio Ambiente.

É responsabilidade do poder público promover políticas de proteção e preservação ambiental, bem como apurar responsabilidades por danos causados, procedendo com as devidas punições em caso de degradação ao Meio Ambiente. Diante dos fatos e incertezas das técnicas manipuladas por nossa sociedade altamente industrializada e carente de infraestrutura para manipulação dos resíduos sólidos, depreende-se que o Brasil precisa de um concreto desenvolvimento nas políticas públicas, amparadas nos princípios do direito ambiental, através de um comprometimento saudável para a presente e futuras gerações.

1 DIRETRIZES, OBJETIVOS E INSTRUMENTOS DA PNRS

A lei 12.305/10 instituída como Política Nacional de Resíduos sólidos, só foi aprovada depois de longa tramitação, ademais, esta lei chegou para preencher algumas lacunas que as demais leis ambientais não preenchiam e, hoje é um marco no que diz respeito à gestão de resíduos¹. Antunes ressalta para o que a lei dispõe:

Ela dispõe sobre os 'princípios, objetivos e instrumentos, bem como sobre as diretrizes relativas à gestão integrada e ao gerenciamento de resíduos sólidos, incluídos os perigosos, às responsabilidades dos geradores e do poder público e aos instrumentos econômicos aplicáveis'.²

Sendo os resíduos sólidos uma das causas preocupantes quanto à poluição ambiental, certamente a Política Nacional de Resíduos Sólidos, era uma medida muito esperada, e desde lá ajudou muito em diversos aspectos, tornando possível atingir o objetivo de se chegar a um meio ambiente devidamente equilibrado nos lugares onde a lei é aplicada de forma correta, tratando resíduo sólido de uma forma mais ampla, além do rol completo do artigo 13 da referida lei.³ Sendo aplicada às pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, responsáveis direta ou indiretamente pela produção de resíduos.⁴ Milaré, destaca para o fato da lei preencher lacunas importantes no tocante a regulamentação ambiental.

¹ FERRI, Giovani. O Princípio do Desenvolvimento Sustentável e a Logística Reversa na Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010). *Revista dos Tribunais*. v. 912, Out. 2011, p. 95-115. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007a000001514954d1c040of86b5&docguid=lo2495b8of7b811e0894900008558bdfc&hitguid=lo2495b8of7b811e0894900008558bdfc&spos=3&epos=3&td=34&context=3&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 27 nov. 2015.

² ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 992.

³ FERRI, Giovani. O Princípio do Desenvolvimento Sustentável e a Logística Reversa na Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010). *Revista dos Tribunais*. v. 912, Out. 2011, p. 95-115. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007a000001514954d1c040of86b5&docguid=lo2495b8of7b811e0894900008558bdfc&hitguid=lo2495b8of7b811e0894900008558bdfc&spos=3&epos=3&td=34&context=3&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 27 nov. 2015.

⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 993.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos preencheu uma importante lacuna no arcabouço regulatório nacional. Essa iniciativa é o reconhecimento, ainda que tardio, de uma abrangente problemática ambiental que assola o País, problemática esta de proporções desconhecidas, mas já com diversos episódios registrados em vários pontos do território nacional, e que tem origem exatamente na destinação e disposição inadequadas de resíduos e consequente contaminação no solo, além da dificuldade de identificação dos agentes responsáveis.⁵

Para o autor, a PNRS irá atuar em um ponto importante para o meio ambiente: a destinação e disposição dos resíduos sólidos, que sem regulamentação eram feitas de forma inadequada, causando um grave impacto ambiental.

Assim sendo, a PNRS estabelece objetivos, instrumentos e diretrizes importantes para aplicação de tais conceitos em cada caso prático. Nesse cenário, ela também traz objetivos relevantes, desenvolvidos através dos planos de gestão e gerenciamento, elaborados pelo poder público, com a participação da sociedade. Dessa forma, entende-se ser preciso estabelecer harmonia entre o crescimento populacional e a preservação ambiental e, para isso, cabe aos entes públicos criarem políticas públicas para tanto.⁶

Importante elucidar que o incentivo a não geração e à redução de resíduos constituem metas necessárias para atingir o principal objetivo. Havendo uma redução na produção de resíduos, estes certamente terão um menor impacto ambiental, bem como no âmbito jurídico e econômico os impactos serão em proporções consideravelmente menores.⁷

Ainda há um incentivo à reutilização, reciclagem e tratamento das sobras de materiais, para só posteriormente a isso, seja realizada a disposição final adequadamente, conforme estabelece o artigo 3º da lei. Segundo Milaré, este é um conceito da “previsão integrada à noção de sustentabilidade”, complementando ainda: “É com base nessas diretrizes que se desenha todo o arcabouço normativo previsto na PNRS”.⁸

⁵ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.1.202.

⁶ DINNEBIER, Flávia França. Hierarquia de gestão de resíduos no licenciamento ambiental de atividades geradoras de resíduos pós-consumo. *Revista de Direito Ambiental*. v. 72, Out. 2013, p. 381 – 402. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad6007a000001514dde1857c0280cf6&docguid=1563ba6a02fdb11e3a16101000000000&hitguid=1563ba6a02fdb11e3a16101000000000&spos=1&epos=1&td=4&context=3&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

⁷ BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 28 nov. 2015.

⁸ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.1210.

No decorrer do tempo, muitos resultados já foram obtidos, através de parcerias eficazes, onde os entes públicos, trabalhando com a interação da sociedade, na implantação de medidas eficientes, conseguiram atingir um resultado considerável na redução de resíduos ou reutilização e reciclagem. Com base nesse resultado, configura-se um novo quadro com economia de custos para o Estado, menores riscos de doenças e, ainda, obtendo incentivos financeiros da União para o desenvolvimento de ações relacionadas à matéria ambiental. Assim destaca-se relevantes dados, extraídos da página do Ministério do Meio Ambiente:

Em apenas quatro anos, a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) produziu resultados significativos. Um pouco mais da metade dos resíduos sólidos urbanos coletados no Brasil já tem disposição final ambientalmente adequada, em aterros sanitários. Entre 2010 e 2014, o Governo Federal, por meio do Ministério do Meio Ambiente, Ministério das Cidades e Fundação Nacional de Saúde (Funasa) destinou R\$ 1,2 bilhão para implantar a PNRS e o número de municípios atendidos dobrou.⁹

Diante de uma análise da proposta inicial, suas diretrizes, instrumentos e objetivos, é possível afirmar que é uma legislação moderna, com natureza inovadora, trazendo em seu bojo uma excelente proposta quanto a gestão de resíduos. Ferri destaca que a PNRS, sendo devidamente implantada, e exercendo seu papel com efetividade, tornar-se-á extremamente eficaz na gestão de resíduos sólidos.¹⁰

Ainda assim, levando em conta um crescimento populacional considerável no decorrer do tempo, e conseqüentemente um crescimento proporcional na geração de resíduos, percebe-se que são inúmeros os desafios que a PNRS enfrenta para uma efetiva aplicação e obtenção de resultados. Portanto, é necessária a participação de todos, que juntos devem trabalhar para uma correta observação dos princípios trazidos pela lei, bem como uma real aplicabilidade de outras leis concomitantemente com a política nacional.¹¹

⁹ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente: **Política de Resíduos Sólidos apresenta resultados em 4 anos**. Brasília. Ministério do Meio Ambiente. 2014. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/informma/item/10272-pol%C3%ADtica-de-res%C3%ADduos-s%C3%B3lidos-apresenta-resultados-em-4-anos>>. Acesso em 28 nov. 2015.

¹⁰ FERRI, Giovani. O Princípio do Desenvolvimento Sustentável e a Logística Reversa na Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010). *Revista dos Tribunais*. v. 912, Out. 2011, p. 95 – 115. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad60079000001514de397ebc2bc5d17&docguid=102495b8of7b811e0894900008558bdfc&hitguid=102495b8of7b811e0894900008558bdfc&spos=3&epos=3&td=24&context=16&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

¹¹ FERRI, Giovani. O Princípio do Desenvolvimento Sustentável e a Logística Reversa na Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010). *Revista dos Tribunais*. v. 912, Out. 2011, p. 95 – 115. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad60079000001514de397ebc2bc5d17&docguid=102495b8of7b811e0894900008558bdfc&hitguid=102495b8of7b811e0894900008558bdfc&spos=3&epos=3&td=24&context=16&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

2 RESÍDUOS SÓLIDOS E SUA DISPOSIÇÃO FINAL

A Política Nacional de Resíduos Sólidos comporta fortes objetivos para solucionar problemas relacionados ao tema. Seu conceito, que era um grande problema anterior à promulgação desta lei, vem agora previsto em seu artigo 3º, inciso XVI.¹²

A partir da análise de tal dispositivo legal, é possível concluir que tudo que for descartado advindo das atividades sociais humanas é resíduo sólido. Nesta senda dispõe Milaré: “Infere-se da definição que tudo o que é descartado em decorrência das atividades sociais humanas é considerado resíduo sólido”.¹³

Respeitável ensinamento de Machado ao retratar que, no Brasil, o conceito de resíduo sólido não incluiu importantes materiais, que possuem grandes índices de fluentes poluidores, e causam degradação ao meio ambiente,

[...] não inclui materiais sólidos ou dissolvidos nos esgotos domésticos ou outros significativos poluentes existentes nos recursos hídricos, tais como a lama, resíduos sólidos dissolvidos ou suspensos na água, encontrados nos efluentes industriais e materiais dissolvidos nas correntes de irrigação ou outros poluentes comuns da água.¹⁴

Ao tratar do tema em questão, é importante ressaltar a observação feita pelo autor, tendo em vista que no Brasil, é possível admitir que o que não é considerado resíduo, possuiu significativo papel, contribuindo muito para a poluição ambiental.

Outro ponto interessante importa em uma análise dos resíduos sólidos e sua classificação, eis que influenciam diretamente na gestão deles. Encontrada no artigo 13 da Política Nacional de Resíduos Sólidos tal classificação,¹⁵ Albuquerque acrescenta ainda à classificação acima, quanto às características

¹² BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 28 nov. 2015.

¹³ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.209.

¹⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Poluição por Resíduos Sólidos Implicações Jurídicas. **Revista dos Tribunais**. v. 2, Mar. 2011, p. 2 – 8. Disponível em: <file:///C:/Users/MARA/Downloads/RTDoc%20%2016-3-13%206_5%20(PM).pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

¹⁵ BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 28 nov. 2015.

físicas, composição química.¹⁶ Para Lemos, esta classificação dos resíduos é fundamental, eis que compreende ser preciso entendê-la para que seja possível responsabilizar os verdadeiros responsáveis por cada espécie de resíduo.¹⁷

Outro ponto de análise imperioso contemplar, eis que se trata de um ponto de total relevância ao falar-se de resíduos sólidos, trata-se da disposição final dos resíduos sólidos. Sem dúvida, esta temática merece atenção especial desde a implementação até a fiscalização, devendo ser realizada de forma adequada, uma vez que o descarte irregular não é somente um problema estético, mas sim de poluição e degradação do Meio Ambiente. A disposição final adequada é responsabilidade do gerador, quando se tratar de planos de gerenciamentos elaborados por estes, que ficam obrigados pelo resíduo produzido até sua disposição adequadamente. Já quanto aos resíduos domiciliares, a responsabilidade do gerador se dá até o momento da disponibilização adequada para coleta, ou com da devolução quando se tratar de logística reversa.¹⁸

No caso dos resíduos sujeitos à logística reversa no âmbito da legislação brasileira, há diversas obrigações para a cadeia produtiva (fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes) como divulgação de informações relativas a como evitar, reciclar e eliminar resíduos associados aos seus produtos, bem como o recolhimento dos produtos e dos resíduos remanescentes após o uso, e, ainda, a obrigação de dar destinação final ambientalmente adequada. Neste caso, a cadeia produtiva apontada fica obrigada a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, de forma que o retorno dos produtos pós-consumo se dê de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos.¹⁹

Com base no entendimento de Lemos, percebe-se que quando se tratar de logística reversa, os obrigados na cadeia produtiva, além de inúmeras obrigações, possuem a obrigação da disposição final ambientalmente adequada, isso independente de qualquer providência do serviço público.

Já quanto à coleta seletiva, esta é estabelecida pelo poder público, considera-se um instrumento importante na obtenção de resultados positivos quanto à disposição final, mas não isenta o consumidor da responsabilidade até o momento da coleta, pois é feita depois da segregação dos resíduos sólidos. Além do mais a coleta seletiva deve valorizar a criação e participação das cooperativas e catadores de material reutilizável e reciclável.²⁰

¹⁶ ALBUQUERQUE, J. B. Torres de. **Resíduos Sólidos. Lixões Aterros Sanitários Reciclagem do Meio Ambiente e do Crime Ambiental**. 1. ed. São Paulo: Independente, 2012.

¹⁷ LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. **Resíduos Sólidos e Responsabilidade Civil Pós-consumo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 89.

¹⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.1.007.

¹⁹ LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. **Resíduos Sólidos e Responsabilidade Civil Pós-consumo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 107.

²⁰ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.1.022.

Milaré corrobora com tal entendimento, destacando que através da coleta seletiva é que será possível uma disposição final ambientalmente adequada aos resíduos sólidos. Por meio da coleta seletiva, possível verificar o destino dos resíduos sólidos, e então a partir daí seguir sua destinação de forma correta.²¹

A disposição final adequadamente deve ser disposta nos planos de gestão e devidamente seguida pelo poder público ou quem for cabível devida responsabilidade por tal procedimento, seguindo o que dispõe a lei em consonância com outros regulamentos que tratam da mesma matéria. A lei prevê como forma adequada de disposição final de resíduos, os aterros sanitários, onde é possível citar o artigo 3º da Resolução CONAMA 404/2008 que estabelece “diretrizes para licenciamento de aterro sanitário de pequeno porte de resíduos sólidos urbanos”. Assim dispõe o artigo referido:

Nos aterros sanitários de pequeno porte abrangidos por esta Resolução é admitida a disposição final de resíduos sólidos domiciliares, de resíduos de serviços de limpeza urbana, de resíduos de serviços de saúde, bem como de resíduos sólidos provenientes de pequenos estabelecimentos comerciais, industriais e de prestação de serviços.²²

Isso quer dizer que este aterro sanitário não se aplica a resíduos perigosos, bem como fazem parte deste conceito apenas os aterros que dispõem de 20 toneladas de resíduos diárias.²³ Para um sistema de disposição final de resíduos sólidos adequado, é preciso que sejam utilizados meios como sistema e equipamentos devidamente licenciados pelo órgão ambiental competente, bem como sejam estes monitorados de acordo com os parâmetros definidos no licenciamento ambiental.²⁴

²¹ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.225.

²² BRASIL. Presidência da República. **Resolução CONAMA nº 404, de 11 de novembro de 2008**. Estabelece critérios e diretrizes para o licenciamento ambiental de aterro sanitário de pequeno porte de resíduos sólidos urbanos. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=592>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

²³ BRASIL. Presidência da República. **Resolução CONAMA nº 404, de 11 de novembro de 2008**. Estabelece critérios e diretrizes para o licenciamento ambiental de aterro sanitário de pequeno porte de resíduos sólidos urbanos. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=592>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

²⁴ TRENNEPOHL, Curt; TRENNEPOHL, Terence. *Licenciamento Ambiental*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 232.

3 FISCALIZAÇÃO DA GESTÃO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS

Para melhor entendimento ao tratar do tema, vale ressaltar ensinamento de Akaoui destacando que, o Brasil sempre esteve preocupado com a proteção e preservação do Meio Ambiente, estabelecendo assim, responsabilidades quanto à fiscalização e proteção ambiental, bem como aplicando sanções ao poluidor. O autor nos traz alguns exemplos, mas destaca para a década de oitenta onde fora promulgada a lei 6.938, de 31.08.1981 Política Nacional do Meio Ambiente. Considerado como inovador e corajoso dispositivo pelo autor, este tratou de questões pontuais e importantes no que tange a defesa de preservação do Meio Ambiente:

Inovador e corajoso, o referido compendio legal teve o mérito de abarcar questões de ordem civil, processual, penal e administrativa que foram o start de uma nova realidade na defesa ambiental, conceituando meio ambiente, poluição, poluidor e outros termos de importância para a correta verificação da amplitude dessa tutela, posicionando-se positivamente quanto à responsabilidade ambiental do degradador, impondo sanções administrativas e penais independentemente das de natureza civil, entre outros avanços.²⁵

É possível verificar tal importância quando o autor refere-se à PNMA, visto que esta trouxe elementos de extrema relevância para o direito ambiental, especificamente a proteção e a preservação. Conforme relatado pelo autor, trataram de questões administrativa, processual e até penal quanto à matéria.

Merece destaque também, o fato de que na mesma década em que a PNMA chegou com tantas inovações para o direito ambiental, a Constituição Federal também fora promulgada no ano de 1988, trazendo significativos avanços e proteção constitucional ao meio ambiente:

[...] Posto que fixou o Brasil como o País que contém a mais completa e avançada tutela constitucional do meio ambiente, servindo de exemplo a todos os demais países do mundo, que se curvam à sabedoria do constituinte brasileiro em trazer para o plano seguro da CF matéria de relevância vital a uma Nação.²⁶

²⁵ AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*. 3. ed. rev.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 24.

²⁶ AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*. 3. ed. rev.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 24.

Um breve destaque segundo Lemos, trata-se da competência legislativa, eis que na falta de uma lei federal, os Estados possuíam autonomia para legislar sobre o tema, no entanto, para preencher esta lacuna, uniformizar a matéria, fora promulgada a PNRS, através da qual a União institui estatégias e princípios para a proteção Ambiental.²⁷

Em seu artigo 23, incisos, III, IV, VI, VII e XI a CF, prevê a competência comum entre os entes federados, no que tange a competência administrativa no direito ambiental, ou seja, União, Estados, Municípios e o Distrito Federal tem permissão para atuar de forma concorrente para a proteção e preservação do Meio Ambiente. Sobre o tema Akaoui destaca que é possível que cada ente atue, em uma mesma situação sem obstruir o poder do outro de fiscalizar qualquer ato de degradação do meio ambiente, visto que tal atividade é de competência comum de todos.²⁸

Ferreira leciona que ao se falar de competência administrativa prevista pela CF, verifica-se que esta vem em um sentido de implementar e fiscalizar as políticas previstas para proteger e preservar o meio ambiente “remete ao exercício de poder de polícia pelas entidades federativas com propósito de proteger e preservar o meio ambiente”. Nessa perspectiva, para a autora tal conceito vai ao encontro do entendimento de Akaoui quando ele afirma que União, Estados, Municípios e Distrito Federal possam agir conjuntamente em uma mesma ocorrência, que venha afetar a todos, sem que um ou outro fique prejudicado tanto ao agir quanto à ação a ser tomada pelo fato ocorrido.²⁹

Por outro lado, ressalta-se que a Lei 9.605/1998 dispõe sobre as sanções a serem aplicadas diante de atos lesivos ao meio ambiente, destacando o artigo 70, parágrafos 1º e 2º que dispõe sobre habilitados para lavrar auto de infração, bem como instaurar processos administrativos, cujo objeto seja dano ao meio ambiente.³⁰ Consoante preceitua o referido artigo, depreende de forma clara a atribuição que funcionários dos órgãos competentes detêm para autuar o agente poluidor diante do caso concreto.

No entanto, o que se entende é que no Brasil é do Município a competência quanto à gestão dos resíduos sólidos gerados em seu território. Com entendimento do previsto no artigo 30, inciso I da Constituição Federal, onde diz que é do Município a competência para legislar sobre assuntos de interesse

²⁷ LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Resíduos Sólidos e Responsabilidade Civil Pós-consumo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.121.

²⁸ AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*. 3. ed. rev.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 35.

²⁹ FERREIRA, Heline Sivini. Competências Ambientais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (Org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 235.

³⁰ BRASIL, Presidência da República. *Lei Nº 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/L9605.htm>. Acesso em: 30 abr. 2016.

local, especialmente quanto a licenciamentos e controle ambiental, ou seja, compete a este legislar, bem como fiscalizar a gestão dos resíduos gerados sob seu referido território.³¹

4 PLANOS DE GESTÃO E GERENCIAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS

A PNRS em seu artigo 14 dispõe o rol dos planos de gestão e gerenciamento que devem ser elaborados atendendo as exigências da referida lei,³² tais planos devem abranger todos os tipos de resíduos. Vale ressaltar que a lei segue a linha de prioridade da não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento e disposição final adequadamente. Dessa forma, compreende-se que os planos são incentivos para a educação ambiental, eis que para atingir tais objetivos será preciso apostar em medidas que possivelmente irão transformar hábitos da sociedade ou geradores de resíduos.³³

O plano nacional de resíduos sólidos, que deve ser elaborado pela União, atendendo as exigências do artigo 15 da PNRS. Já os planos estaduais de resíduos sólidos são elaborados pelos Estados, atendendo os requisitos conforme previstos os artigos 16 e 17 da lei, devendo estar em consonância com o plano nacional.³⁴ O Estado deve articular junto com os Municípios de uma forma eficiente para a gestão dos resíduos, “Para a gestão efetiva dos resíduos sólidos no país, o estado, como instância federativa, tem grande importância”.³⁵ Por isso, de forma harmoniosa com o plano municipal e federal deve estabelecer metas e diretrizes para a gestão dos resíduos. Assim como o plano nacional, sua vigência terá prazo indeterminado, com horizonte de atuação de 20 (vinte) anos e revisões a cada 04 anos.

³¹ GRECO, Leonardo. Competências Constitucionais em Matéria Ambiental. *Revista dos Tribunais*. v. 687, mar. 2011, p.23-33 . Disponível em: < file:///C:/Users/Mara/Downloads/RTDoc%20%2016-6-12%2011_31%20(PM).pdf>. Acesso em: 27 nov. 2015.

³² BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 26 mar. 2016.

³³ COSTA, Silvano Silvério da; Crespo, Samyra. Planos de Gestão. In: MACHADO FILHO, José Valverde; JARIDM, Arnaldo; YOSHIDA, Consuelo. (Org.). **Política Nacional, Gestão e Gerenciamento de Resíduos Sólidos**. (Coleção Ambiental) Barueri, São Paulo: Manole, 2012, p. 286.

³⁴ BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 26 mar. 2016.

³⁵ COSTA, Silvano Silvério da; CRESPO, Samyra. Planos de Gestão. In: MACHADO FILHO, José Valverde; JARIDM, Arnaldo; YOSHIDA, Consuelo. (Org.). **Política Nacional, Gestão e Gerenciamento de Resíduos Sólidos**. (Coleção Ambiental) Barueri, São Paulo: Manole, 2012, p. 288.

Os Estados ainda poderão elaborar planos microrregionais de resíduos sólidos, bem como planos de resíduos sólidos de regiões metropolitanas ou aglomerações urbanas, assim estabelece o artigo 17, parágrafo 1º da PNRS.³⁶ Estes planos devem ser elaborados com a parceria dos Municípios envolvidos, isso não excluirá ou substituirá prerrogativas que a PNRS atribui a tais Municípios. Segundo Milaré, trata-se de um eficiente modelo, com menores custos, visto que a maioria dos Municípios não tem condições financeiras suficientes para manter um plano de resíduos sólidos eficiente de maneira individual.³⁷

Corroborando com tal entendimento, Costa atribui ao Estado a responsabilidade pela interferência sempre que possível junto aos Municípios, para que se possa de forma compartilhada e econômica, gerir os resíduos sólidos, tendo em vista a impossibilidade econômica de muitos Municípios:

Estima-se que o custo operacional de manutenção de um aterro sanitário situe-se em torno de um terço do custo de sua implantação. Assim é muito difícil para um município de pequeno porte implantar, equipar e manter a operação de um aterro sanitário por muito tempo sem apoio do estado ou de uma articulação intermunicipal. Tanto é que são muitos os casos em que aterros sanitários de municípios pequenos, e até mesmo médios e grandes, foram construídos e equipados, mas logo viraram lixões.³⁸

Dentre os planos estabelecidos na lei, está o plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos. Este deve ser elaborado pelo Distrito Federal e pelos Municípios, que tiveram o prazo de (02) dois anos da publicação da lei PNRS para serem implementados. A elaboração de tal plano deve atender assim como os demais, aos requisitos propostos pela PNRS, os quais estão previstos nos artigos 18 e 19 da lei.³⁹

³⁶ BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 02 abr. 2016.

³⁷ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.1219.

³⁸ COSTA, Silvano Silvério da; Crespo, Samyra. Planos de Gestão. In: MACHADO FILHO, José Valverde; JARIDM, Arnaldo; YOSHIDA, Consuelo. (Org.). **Política Nacional, Gestão e Gerenciamento de Resíduos Sólidos**. (Coleção Ambiental) Barueri, São Paulo: Manole, 2012, p. 289.

³⁹ BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 26 mar. 2016.

Vale destacar, que não há uma hierarquia entre os planos, no entanto é importante que todos estejam alinhados, eis que assim “[...] mais facilmente se desenharão os incentivos financeiros, as linhas creditícias e de financiamento que poderão acompanhar a implementação da Lei em todo o país”.⁴⁰ O referido plano, assim como os demais, é condição para o Distrito Federal e os Municípios serem beneficiados com recursos da União ou por ela controlados.

Os Municípios ainda poderão adotar um plano de gestão integrada de resíduos sólidos, simplificado, porém seguindo os requisitos do artigo 51 do Decreto 7.404/2010.⁴¹ Atentando ainda para o artigo 19 parágrafo 3º da PNRS, que retrata casos em que os Municípios não poderão adotar o modelo de plano mencionado. O mesmo artigo 19 em seu parágrafo 9º retrata os Municípios que optarem por soluções consorciadas intermunicipais, atentando para os itens I a XIX deste artigo poderão ser liberados do plano de gestão integrada de resíduos sólidos.⁴²

A PNRS ainda trata do plano de gerenciamento de resíduos sólidos, que será elaborado respeitando os requisitos previstos no artigo 20 desta lei, bem como o conteúdo mínimo previsto no artigo seguinte.⁴³ A identificação de quem estará sujeito à elaboração de tal plano de gerenciamento fica a cargo do plano de gestão integrada de resíduos, elaborado pelo respectivo Município. Tal plano deve conter um responsável técnico que participará da elaboração, implementação, bem como do monitoramento de todas as etapas do referido plano.⁴⁴

Já a responsabilidade pela elaboração deste plano, bem como sua implementação vai variar de acordo com a atividade, quantidade de resíduo produzido, bem como o tipo de resíduo e localidade de onde estará o gerador, cada plano com suas condições.⁴⁵

⁴⁰ COSTA, Silvano Silvério da; CRESPO, Samyra. Planos de Gestão. In: MACHADO FILHO, José Valverde; JARIDM, Arnaldo; YOSHIDA, Consuelo. (Org.). **Política Nacional, Gestão e Gerenciamento de Resíduos Sólidos**. (Coleção Ambiental) Barueri, São Paulo: Manole, 2012, p. 284.

⁴¹ BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 7.404, de 23 de dezembro de 2010**.

Regulamenta a Lei no 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7404.htm>. Acesso em: 01 mai. 2016.

⁴² BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 28 mar. 2016.

⁴³ BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 02 abr. 2016.

⁴⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.1.006.

⁴⁵ KUDRJAWZEW, Vladimir. Planos de gerenciamento. In: MACHADO FILHO, José Valverde; JARIDM, Arnaldo; YOSHIDA, Consuelo. (Org.). **Política Nacional, Gestão e Gerenciamento de Resíduos Sólidos**. (Coleção Ambiental) Barueri, São Paulo: Manole, 2012, p. 441.

5 ESTUDO DE CASO: MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

O presente estudo de caso realizado no Município de Porto Alegre trabalha o plano de competência municipal, analisando assim, pontos de total relevância para a gestão dos resíduos gerados no referido Município. Tal estudo realizado através de pesquisa junto ao DMLU (Departamento Municipal de Limpeza Urbana) a quem incumbe “operar os sistemas de limpeza urbana, tratamento e destinação final dos resíduos sólidos” e SMAM (Secretaria Municipal do Meio Ambiente), órgão integrante do SISNAMA, a quem compete o licenciamento e fiscalização das atividades, compreendendo como tal as geradoras ou processadoras de resíduos sólidos.⁴⁶

O Município de Porto Alegre passou a tratar da elaboração do Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos (PMGIRS) em 2012, visto que instituído pela PNRS em 2010 como obrigação para os Municípios, sendo este publicado sob o Decreto nº 18.461, de 20 de novembro de 2013.⁴⁷

O documento fora planejado e elaborado pelo DMLU, com a participação ativa da sociedade Portoalegrense. Encontra-se disponível em dois volumes, um total de 500 páginas, exhibe o diagnóstico e o prognóstico, bem como o planejamento da gestão de resíduos sólidos de Porto Alegre. O PMGIRS atende de forma ampla o estabelecido pela PNRS. O Plano Municipal de Porto Alegre como instrumento na gestão de resíduos sólidos abarca em seu conteúdo, metas, diretrizes e objetivos importantes sendo estes necessários para a gestão dos resíduos sólidos.⁴⁸

No volume I do plano, trabalha com um completo diagnóstico dos resíduos sólidos gerados de acordo com a população estimada do Município, contemplando dados importantes como aspectos gerais e um diagnóstico da situação atual dos resíduos sólidos do Município. O Plano Municipal de Gestão Integrada do Município de Porto Alegre, ainda apresenta um prognóstico com estimativa populacional em tal Município para até 2032, levando em consideração

⁴⁶ PORTO ALEGRE. Departamento Municipal de Limpeza Urbana. **Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos**. Diagnóstico e Prognóstico. v.2, 2013. Porto Alegre, 2013. p. 5. Disponível em: <http://proweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/dmlu/usu_doc/pmgirs_porto_alegre_volume_2.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2016.

⁴⁷ PORTO ALEGRE. Prefeitura Municipal. **Decreto nº 18.461, de 20 de novembro de 2013**. Institui o Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos de Porto Alegre. Disponível em: <<http://www2.portoalegre.rs.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=000033737.DOCN.&l=20&u=%2Fnetahtml%2Fsimple.html&p=1&r=1&f=G&d=atos&SEC-T1=TEXT>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

⁴⁸ PORTO ALEGRE. Departamento Municipal de Limpeza Urbana. **Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos**. Diagnóstico e Prognóstico. v.1, 2013. Porto Alegre. 2013. p. 14. Disponível em: <http://proweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/dmlu/usu_doc/pmgirs_porto_alegre_volume_1.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2016.

também as mudanças na economia e evolução da geração de resíduos sólidos urbanos, desenvolvimento urbanístico, tecnologias de gerenciamento e tratamento de resíduos sólidos, bem como os efeitos resultantes da alteração de políticas públicas e perspectivas para a gestão associada com Municípios da região.⁴⁹

Já o volume II retrata um planejamento abrangendo a gestão estratégica, um modelo de planejamento, planos de ações, metas e indicadores, bem como o desenvolvimento de longo prazo para a questão dos resíduos sólidos do Município.

O plano trabalha a disposição final dos resíduos sólidos, considerando o fato de conter um único aterro sanitário no Estado com licenciamento ambiental compatível com o volume de resíduos gerados pelo Município estudado, atendendo o previsto pela PNRS quanto à destinação de resíduos em aterros sanitários. Trata-se do Aterro Sanitário da Central de Resíduos do Recreio (ASCRR), situado no Município de Minas do Leão, que opera com a devida licença da FEPAM.⁵⁰

O PMGIRS Trabalha os instrumentos trazidos pela PNRS, como a educação ambiental, bem como traz iniciativas as quais há uma perspectiva de serem aplicadas no Município. O documento contempla ainda o prognóstico, com a geração de resíduos de acordo com a população, ressaltando para fatores influentes na geração como o crescimento populacional, clima e condição econômica, eis que implicam diretamente na geração dos resíduos, destacando ainda as tecnologias utilizadas para o gerenciamento e tratamento dos resíduos gerados. O Plano municipal de Porto Alegre apresenta planos de ações estabelecidos para aplicação de cada instrumento previsto para que resultados positivos sejam alcançados, bem como metas e desenvolvimento de longo prazo como desafios para a evolução na gestão de resíduos do Município.⁵¹ Nesta senda, destaca-se que os planos são considerados principais instrumentos de implementação e efetividade da PNRS.⁵²

⁴⁹ PORTO ALEGRE. Departamento Municipal de Limpeza Urbana. **Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos**. Diagnóstico e Prognóstico. v.1, 2013. Porto Alegre, 2013. Disponível em: <http://proweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/dmlu/usu_doc/pmgirs_porto_alegre_volume_1.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2016.

⁵⁰ PORTO ALEGRE. Departamento Municipal de Limpeza Urbana. **Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos**. Diagnóstico e Prognóstico. v.1, 2013. Porto Alegre, 2013. p. 43. Disponível em: <http://proweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/dmlu/usu_doc/pmgirs_porto_alegre_volume_1.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2016.

⁵¹ PORTO ALEGRE. Departamento Municipal de Limpeza Urbana. **Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos**. Diagnóstico e Prognóstico. v.2, 2013. Porto Alegre, 2013. Disponível em: <http://proweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/dmlu/usu_doc/pmgirs_porto_alegre_volume_2.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2016

⁵² COSTA, Silvano Silvério da; CRESPO, Samyra. Planos de Gestão. In: MACHADO FILHO, José Valverde; JARIDM, Arnaldo; YOSHIDA, Consuelo. (Org.). **Política Nacional, Gestão e Gerenciamento de Resíduos Sólidos**. (Coleção Ambiental) Barueri, São Paulo: Manole, 2012, p. 282.

Nessa esteira, também aborda a fiscalização na gestão de resíduos, especificamente quanto ao descarte irregular destes, retratando com clareza a competência para tal ação, bem como o procedimento para um efetivo desenvolvimento destas.⁵³

6 PODER DE POLÍCIA E NORMAS DE COMANDO-CONTROLE

Poder de polícia trata-se da atuação de ente ou agente governamental, atuando em favor dos interesses da coletividade de forma preventiva ou repressiva, com intuito de coibir danos sociais.⁵⁴

Nesta senda, o Código Tributário Nacional em seu artigo 78 retrata o conceito normativo de poder de polícia.⁵⁵ Tal conceito relata as atividades da administração pública, em razão do poder de polícia que esta detém. Importante destacar que o poder de polícia é dotado de discricionariedade, autoexecutoriedade e coerbilidade para os atos administrativos.⁵⁶

No direito ambiental, o poder de polícia estabelecido pelo caput do artigo 225 da CF/88 retrata a possibilidade e o dever de tal poder ser exercido cumulativamente entre todos os entes da federação.⁵⁷ Bem como a lei 9.605/98, destaca a competência dos habilitados para lavratura de autos de infração e instauração de processo administrativo, em seu artigo 70, paragrafo primeiro.⁵⁸ Milaré ao tratar do tema, ressalta que o referido diploma legal, comporta uma sintonia com a competência comum dos entes federativos.⁵⁹

⁵³ PORTO ALEGRE. Departamento Municipal de Limpeza Urbana. **Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos**. Diagnóstico e Prognóstico. v.1, 2013. Porto Alegre, 2013. p. 205. Disponível em: <http://proweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/dmlu/usu_doc/pmgirs_porto_alegre_volume_1.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2016.

⁵⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 160.

⁵⁵ BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1996**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 30 abr. 2016.

⁵⁶ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.342.

⁵⁷ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.344.

⁵⁸ BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 16 mai. 2016.

⁵⁹ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.344.

Nessa ótica, ao abordar o poder de polícia no Município de Porto Alegre, é possível verificar que este, instituiu o Código Municipal de Limpeza Urbana, que trata da disposição, fiscalização e penalidades quanto à gestão e descarte de resíduos sólidos no Município, estando assim em consonância com o Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos assim como a Lei 9.605 de 1998. Nesse sentido, a Lei Complementar 728/2014, que institui o aludido código traz atualizações para as regras já existentes no Município, estabelecendo uma maior rigidez na punição para o agente poluidor. Versando sobre a fiscalização, a lei mencionada, em seu artigo 45, prevê que o poder de polícia é atribuído à Guarda Municipal e agentes do DMLU.⁶⁰

A referida lei trata ainda as infrações e penalidades, como se dará o ato de notificação ao agente poluidor, prazos para que notificado tome as devidas providências, bem como valores das multas aplicadas. Em seu artigo 48 trata ainda do alcance da responsabilidade a quem pratica, dá causa, concorre para a prática ou ainda a quem se beneficia desta, bem como em seu artigo 56 estabelece o contraditório e ampla defesa no processo administrativo. Ademais, tendo em vista tratar de um princípio fundamental do direito processual.⁶¹

A aplicação da Lei Complementar 728 de 2014 acima referida, fica a cargo do SEFIS, bem como outras leis que dispõem sobre a limpeza urbana do Município. A fiscalização se dá pelos integrantes do setor, através de ações constantes na cidade, sendo esta, uma das efetivas formas de prevenção e preservação do Meio Ambiente. A respeito disso, Milaré destaca a fiscalização como ato eficiente do poder de polícia quanto à proteção do Meio Ambiente.⁶²

Da mesma forma, Antunes trata a fiscalização como atividade fundamental para a proteção ambiental:

A fiscalização ambiental é uma das atividades mais relevantes para a proteção do meio ambiente, pois é por meio dela que danos ambientais podem ser evitados e, se consumados, reprimidos.⁶³

⁶⁰ PORTO ALEGRE, Prefeitura Municipal. **Lei Complementar nº 728, de 8 de Janeiro de 2014**. Institui o Código Municipal de Limpeza Urbana, revoga as Leis Complementares no s 234, de 10 de outubro de 1990, 274, de 25 de março de 1992, 376, de 3 de junho de 1996, 377, de 3 de junho de 1996, 591, de 23 de abril de 2008, e 602, de 24 de novembro de 2008, e dá outras providências. Disponível em: < <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=000033832.DOCN.&l=20&u=%2Fnetahtml%2Fsiirel%2Fsimples.html&p=1&r=1&f=G&d=atos&SECT1=TEXT>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

⁶¹ PORTO ALEGRE, Prefeitura Municipal. **Lei Complementar nº 728, de 8 de Janeiro de 2014**. Institui o Código Municipal de Limpeza Urbana, revoga as Leis Complementares no s 234, de 10 de outubro de 1990, 274, de 25 de março de 1992, 376, de 3 de junho de 1996, 377, de 3 de junho de 1996, 591, de 23 de abril de 2008, e 602, de 24 de novembro de 2008, e dá outras providências. Disponível em: < <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=000033832.DOCN.&l=20&u=%2Fnetahtml%2Fsiirel%2Fsimples.html&p=1&r=1&f=G&d=atos&SECT1=TEXT>>. Acesso em: 16 mai. 2016.

⁶² MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.342.

⁶³ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 165.

Nesse contexto, diante de informações prestadas pelo setor competente, em pouco mais de um ano de vigência da LC 728/2014, foi possível constatar a aplicabilidade da referida lei no Município. Com números significantes, como a participação da sociedade por meio de denúncias, não deixando de contemplar ainda, ações praticadas através da fiscalização pelos agentes competentes. Informações disponíveis na página do DMLU.⁶⁴

Sob essa perspectiva, é possível verificar que a abordagem acontece também para orientação, não somente para autuação, salientado assim, a real conexão entre a fiscalização - um ato do poder de polícia com a Educação Ambiental. Desse modo, verifica-se que um complementa o outro, no sentido de que, fiscaliza-se também para orientar, visando informar ao infrator da prática de atos lesivos ao Meio Ambiente, bem como a importância de preservá-lo.

Lanfredi destaca que o ato resultante da fiscalização, especialmente a reparação ao dano causado, embora seja uma punição, ainda assim serve “como fator de educação e consequente estímulo à prevenção de danos futuros ao meio ambiente.”⁶⁵ Neste sentido, resta reforçado, o entendimento de que poder de polícia, normas de comando-controle e política socioambientais são ações correlatas.

7 EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO MECANISMO INDUTOR DE CUMPRIMENTO DA NORMA AMBIENTAL

A educação ambiental está disposta no artigo 225, parágrafo 1º, inciso VI da CF/88, prevista para todos os níveis de ensino, como método de conscientização da população para preservação do meio ambiente e de efetividade do caput do referido artigo. Com o advento da Lei 9.795 de 27 de abril de 1999, o Brasil passa a ser “o primeiro país da América Latina a ter uma política nacional específica para a Educação Ambiental”.⁶⁶

⁶⁴ PORTO ALEGRE. Departamento Municipal de Limpeza Urbana. **Serviço de Fiscalização**. Departamento Municipal de Limpeza Urbana. Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/dmlu/default.php?p_noticia=178631&DMLU+REALIZA+FISCALIZACAO+DO+CODIGO+MUNICIPAL+DE+LIMPEZA+URBANA>. Acesso em 28 mai. 2016.

⁶⁵ LANFREDI, Geraldo Ferreira. **Política Ambiental: Busca de Efetividade de seus Instrumentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.197.

⁶⁶ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.961.

Tratando-se a educação ambiental como a construção pelo indivíduo e coletividade de atos voltados a preservação do meio ambiente.⁶⁷ D’Rosa destaca a mudança de comportamento que a educação ambiental propicia ao homem, fazendo com que este construa uma relação com o meio ambiente, gerando assim um ambiente saudável e sustentável para as gerações presentes e futuras.⁶⁸

A PNRS prevê tal política como um instrumento essencial, intensificando sua importância na gestão e gerenciamento de resíduos sólidos, fixando regras específicas de aplicação, de acordo com as diretrizes estabelecidas pela referida lei.⁶⁹

No Município de Porto Alegre, especificamente ao tratar do Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos. A Educação Ambiental segundo alguns registros municipais, já vinha sendo trabalhada ao longo dos anos, entretanto, em 1990 é que passou ser “parte integrante das ações e atribuições do DMLU.”⁷⁰

Atualmente a elaboração e desenvolvimento de todas as ações de Educação Ambiental no Município são de responsabilidade do Serviço de Assessoria Socioambiental (SASA), sendo estas relacionadas à gestão de resíduos sólidos e limpeza urbana. Este apresenta objetivos para a execução de ações junto às comunidades, escolas, ONG’s,⁷¹ trabalhando com pessoas que possuem ativa atuação na sociedade, informando-as do risco futuro resultante de uma má gestão ambiental. Bello Filho destaca que “o risco surge da indisponibilidade de informações acerca da consequência futura de ato a ser praticado hoje”.⁷²

⁶⁷ BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999.** Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9795.htm>. Acesso em: 01 mai. 2016.

⁶⁸ D’ROSA, Vladimir. **A Punibilidade às infrações ao Meio Ambiente e seus benefícios à Educação Ambiental.** Porto Alegre: Imprensa Livre, 2006, p.56.

⁶⁹ BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010.** Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 01 mai. 2016.

⁷⁰ PORTO ALEGRE. Departamento Municipal de Limpeza Urbana. **Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos.** Diagnóstico e Prognóstico. v.1, 2013. Porto Alegre, 2013. p. 194. Disponível em: <http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/dmlu/usu_doc/pmgirs_porto_alegre_volume_1.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2016.

⁷¹ PORTO ALEGRE. Departamento Municipal de Limpeza Urbana. **Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos.** Diagnóstico e Prognóstico. v.1, 2013. Porto Alegre, 2013. p. 196. Disponível em: <http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/dmlu/usu_doc/pmgirs_porto_alegre_volume_1.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2016

⁷² BELLO FILHO, Ney de Barros. Estado de Direito Ambiental: Tendências. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato; Boratti, Larissa Verri. (Org.). **Teoria do Direito e Ecologia: Apontamentos para um Direito Ambiental no Século XXI.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 301.

Cumpramos ressaltar que há uma ação conjunta entre o SASA e outros setores do DMLU, todos engajados no mesmo objetivo, de alcançar resultados positivos com desenvolvimento de tal política.⁷³

Sob essa perspectiva, é imperioso ressaltar entendimento de Arruda, que julga relevante a aplicação da Educação Ambiental ao infrator, por exemplo, após ter sido condenado em obrigação de fazer pelo ato de descarte irregular de resíduos:⁷⁴

O Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos de Porto Alegre destaca a formulação das ações ora desenvolvidas pelo SASA, com o intuito de contribuir com a qualificação em Educação Ambiental, desta feita, formando o que o plano chama de “agentes multiplicadores”, demonstrando assim a efetiva disponibilização de cursos - ministrados por profissionais do setor - como uma das ferramentas utilizadas para desenvolvimento da Política de Educação Ambiental no Município.⁷⁵ Também é trabalhada Lei Complementar 234/1990, com entendimento de que esta deve ser dominada pela sociedade, devendo ser de conhecimento de todos em sua amplitude, tendo em vista, tratar-se do código de limpeza urbana da cidade.⁷⁶

O SASA trabalha utilizando o curso como uma das ferramentas para Educação Ambiental no Município. Registrando números significativos nos últimos anos, de cursos ministrados a diferentes públicos, atendendo em 2015 quase o dobro da meta estabelecida.⁷⁷

Todavia, cumpre ressaltar que embora devidamente monitoradas as ações praticadas pelo DMLU, ainda assim existe dificuldade em mensurar resultados atingidos com ações socioambientais, visto que não há instrumento apto a tal prática, destaca o PMGIRS.⁷⁸ Assim, os resultados visíveis e possíveis de mensurá-los, que aconteceram até o momento estudado são vistos como resultado da aplicação do conjunto de ações propostas pelo Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos.

⁷³ PORTO ALEGRE. Departamento Municipal de Limpeza Urbana. **Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos**. Diagnóstico e Prognóstico. v.1, 2013. Porto Alegre, 2013. p. 201. Disponível em: <http://proweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/dmlu/usu_doc/pmgirs_porto_alegre_volume_1.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2016.

⁷⁴ ARRUDA, Paula Tonani Matteis de. **Responsabilidade Civil decorrente da poluição por resíduos sólidos domésticos**. São Paulo: Método, 2004, p.69.

⁷⁵ PORTO ALEGRE. Departamento Municipal de Limpeza Urbana. **Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos**. Diagnóstico e Prognóstico. v.1, 2013. Porto Alegre, 2013. p. 197. Disponível em: <http://proweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/dmlu/usu_doc/pmgirs_porto_alegre_volume_1.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2016.

⁷⁶ PORTO ALEGRE. Departamento Municipal de Limpeza Urbana. **Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos**. Diagnóstico e Prognóstico. v.1, 2013. Porto Alegre, 2013. p. 198. Disponível em: <http://proweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/dmlu/usu_doc/pmgirs_porto_alegre_volume_1.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2016.

⁷⁷ GOMES, Gisane. **Trabalho de conclusão de Curso – Resíduos Sólidos**. [mensagem pessoal] Mensagem recebida por: <maraborges2008@hotmail.com>. em: 20 maio 2016.

⁷⁸ PORTO ALEGRE. Departamento Municipal de Limpeza Urbana. **Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos**. Diagnóstico e Prognóstico. v.1, 2013. Porto Alegre, 2013. p. 206. Disponível em: <http://proweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/dmlu/usu_doc/pmgirs_porto_alegre_volume_1.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2016.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do presente artigo concluiu-se que um dos grandes problemas ambientais já enfrentados no Brasil foi e ainda são os resíduos sólidos, influenciando diretamente em matéria ambiental, econômica e social.

Para mudar este cenário foi promulgada a Lei 12.305 em 2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, com enfoque na gestão e gerenciamento de resíduos sólidos, estabelecendo responsabilidades específicas aos geradores ou responsáveis pelos resíduos, e, principalmente reunindo em uma única lei o que várias estabeleciam.

A referida lei trouxe uma proposta atual para preservação do Meio Ambiente, através de diretrizes, instrumentos e princípios importantes a serem aplicados. Sendo os instrumentos políticas norteadoras na aplicação da mencionada lei, e responsáveis pelos resultados obtidos. Através de tais instrumentos, a PNRS estabelece metas a serem alcançadas, incentivando e orientando para que o poder público desenvolva meios para uma efetiva aplicação da norma ambiental.

Através de um estudo de caso no Município de Porto Alegre, conclui-se que o mesmo integra o rol dos que possuem um plano que, pode-se dizer completo. Através de uma análise específica aos instrumentos previstos pela PNRS Educação Ambiental, normas de fiscalização e punibilidade no Município, constatou-se que há uma aplicabilidade da norma, porém a passos lentos, como também, destaca-se que se carece de muito trabalho para a obtenção de resultados significativos. O plano procurou estabelecer tais políticas de forma a enfatizar sua importância, levando informações, estabelecendo metas para atendimento a sociedade, com intuito de levar até as pessoas informações importantes de proteção e preservação ambiental.

Pode-se dizer que a PNRS, trata-se de uma proposta atual e inovadora, com métodos importantes para aplicação e real preservação do Meio Ambiente. No entanto, é preciso destacar que para atingir a excelência ainda falta muito trabalho. Nessa perspectiva, com a aplicação da referida lei apenas de forma isolada, talvez não se chegue aos resultados esperados, havendo, portanto, a premissa de estabelecer a aplicação em conjunto com normas estaduais e municipais, o que no Município estudado, foi possível concluir, a presença deste trabalho em conjunto.

REFERÊNCIAS

- AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental**. 3. ed. rev.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- ALBUQUERQUE, J. B. Torres de. **Resíduos Sólidos. Lixões Aterros Sanitários Reciclagem do Meio Ambiente e do Crime Ambiental**. 1. ed. São Paulo: Independente, 2012.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- ARRUDA, Paula Tonani Matteis de. **Responsabilidade Civil decorrente da poluição por resíduos sólidos domésticos**. São Paulo: Método, 2004.
- BELLO FILHO, Ney de Barros. Estado de Direito Ambiental: Tendências. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato; Boratti, Larissa Verri. (Org.). **Teoria do Direito e Ecologia: Apontamentos para um Direito Ambiental no Século XXI**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 283-319.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 nov. 2015.
- _____; Ministério do Meio Ambiente: **Política de Resíduos Sólidos apresenta resultados em 4 anos**. Brasília. Ministério do Meio Ambiente. 2014. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/informma/item/10272-pol%C3%ADtica-de-res%C3%ADduos-s%C3%B3lidos-apresenta-resultados-em-4-anos>>. Acesso em 28 nov. 2015.
- _____; Presidência da República. **Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010**, Institui 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/l12305.htm>. Acesso em: 28 nov. 2015.
- _____; Presidência da República. **RESOLUÇÃO CONAMA nº 404, de 11 de novembro de 2008**. Estabelece critérios e diretrizes para o licenciamento ambiental de aterro sanitário de pequeno porte de resíduos sólidos urbanos. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=592>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

_____; Presidência da República. **Decreto nº 7.404, de 23 de dezembro de 2010.**

Regulamenta a Lei no 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7404.htm>. Acesso em: 28 mar. 2016.

_____; Presidência da República. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1996.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016.

_____; Presidência da República. **Lei Nº 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/L9605.htm>. Acesso em: 30 abr. 2016

_____; Presidência da República. **Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999.** Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9795.htm>. Acesso em: 01 mai. 2016

COSTA, Silvano Silvério da; Crespo, Samyra. Planos de Gestão. In: MACHADO FILHO, José Valverde; JARIDM, Arnaldo; YOSHIDA, Consuelo. (Org.). **Política Nacional, Gestão e Gerenciamento de Resíduos Sólidos.** (Coleção Ambiental) Barueri, São Paulo: Manole, 2012, p. 283-302.

D´ROSA, Vladimir. **A Punibilidade às infrações ao Meio Ambiente e seus benefícios à Educação Ambiental.** Porto Alegre: Imprensa Livre, 2006.

DINNEBIER, Flávia França. Hierarquia de gestão de resíduos no licenciamento ambiental de atividades geradoras de resíduos pós-consumo. **Revista de Direito Ambiental.** v. 72, Out. 2013, p. 381 – 402. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=r1&srguid=ioad6007a000001514dde1857c0280cf6&docguid=l563ba6a02fdb11e3a16101000000000&hitguid=l563ba6a02fdb11e3a16101000000000&spoc=1&epos=1&td=4&context=3&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

FERREIRA, Heline Sivini. Competências Ambientais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (Org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRI, Giovani. O Princípio do Desenvolvimento Sustentável e a Logística Reversa na Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010). **Revista dos Tribunais**. v. 912, Out. 2011, p. 95 – 115. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&sr-guid=ioad60079000001514de397ebc2bc5d17&docguid=102495b80f7b811e0894900008558bdfc&hitguid=102495b80f7b811e0894900008558bdfc&spos=3&e-pos=3&td=24&context=16&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

GOMES, Gisane. **Trabalho de conclusão de Curso – Resíduos Sólidos**. [mensagem pessoal] Mensagem recebida por: <maraborges2008@hotmail.com>. em: 20 maio 2016.

GRECO, Leonardo. Competências Constitucionais em Matéria Ambiental. **Revista dos Tribunais**. v. 687, mar. 2011, p.23-33 . Disponível em: <file:///C:/Users/Mara/Downloads/RTDoc%20%2016-6-12%2011_31%20(PM).pdf>. Acesso em: 27 nov. 2015.

KUDRJAWZEW, Vladimir. Planos de gerenciamento. In: MACHADO FILHO, José Valverde; JARIDM, Arnaldo; YOSHIDA, Consuelo. (Org.). **Política Nacional, Gestão e Gerenciamento de Resíduos Sólidos**. (Coleção Ambiental) Barueri, São Paulo: Manole, 2012, p. 437-454.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. **Política Ambiental: Busca de efetividade de seus instrumentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. **Resíduos Sólidos e Responsabilidade Civil Pós-consumo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Poluição por Resíduos Sólidos Implicações Jurídicas. **Revista dos Tribunais**. v. 2, Mar. 2011, p. 2 – 8. Disponível em: <file:///C:/Users/MARA/Downloads/RTDoc%20%2016-3-13%206_5%20(PM).pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PORTO ALEGRE, Prefeitura Municipal. **Lei Complementar nº 728, de 8 de Janeiro de 2014**. Institui o Código Municipal de Limpeza Urbana, revoga as Leis Complementares nos 234, de 10 de outubro de 1990, 274, de 25 de março de 1992, 376, de 3 de junho de 1996, 377, de 3 de junho de 1996, 591, de 23 de abril de 2008, e 602, de 24 de novembro de 2008, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.portoalegre.rs.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=000033832.DOCN.&l=20&u=%2Fnetahtml%2Fsimple.html&p=1&r=1&f=G&d=atos&SECT1=TEXT>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

_____; Prefeitura Municipal. **Decreto nº 18.461, de 20 de novembro de 2013**. Institui o Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos de Porto Alegre. Disponível em: < <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=000033737.DOCN.&l=20&u=%2Fnetahtml%2Fsirel%2Fsimples.html&p=1&r=1&f=G&d=atos&SECT1=TEXT>> . Acesso em: 24 abr. 2016.

_____; Departamento Municipal de Limpeza Urbana. **Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos**. Diagnóstico e Prognóstico. v.1, 2013. Porto Alegre, 2013. p. 206. Disponível em: < http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/dmlu/usu_doc/pmgirs_porto_alegre_volume_1.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2016.

_____; Departamento Municipal de Limpeza Urbana. **Serviço de Fiscalização**. Departamento Municipal de Limpeza Urbana. Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/dmlu/default.php?p_noticia=178631&DMLU+REALIZA+FISCALIZACAO+DO+CODIGO+MUNICIPAL+DE+LIMPEZA+URBANA>. Acesso em 28 mai. 2016.

TRENNEPOHL, Curt. TRENNEPOHL, Terence. **Licenciamento Ambiental**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2011.

adoção intuitu personae e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Morgana Rossi

Bacharel em Direito pela Universidade Feevale.

E-mail: morganarossi@feevale.br.

Valéria Koch Barbosa

Docente do Curso de Direito da Universidade Feevale. Advogada. Doutoranda em Qualidade Ambiental pela Universidade Feevale.

E-mail: valeriakb@feevale.br.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o reconhecimento jurídico da adoção *intuitu personae*, baseando-se no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. A adoção *intuitu personae* é uma modalidade que tem por objetivo manter as relações de afinidade e afetividade entre a criança e o adotante não cadastrado previamente. É a adoção que pressupõe a entrega da criança pelos pais biológicos ou apenas por um dos genitores, em geral, a mãe, a pessoas específicas escolhidas para lhes substituir no exercício do poder familiar.

Nesse contexto, este trabalho apresenta tema bastante pertinente, considerando-se que a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente consagram o princípio do melhor interesse do infante, conferindo-lhe o direito à convivência familiar e prioridade absoluta, que consiste, em suma, na verificação, em cada caso que envolva crianças e adolescentes, na solução que melhor atenda aos interesses desses indivíduos.

Assim, tem-se como hipótese que, à luz das normas e dos princípios basilares da Carta Magna de 1988, bem como considerando o que preconiza o ECA, não deve prevalecer a formalidade sobre o afeto, pois isso afronta o direito constitucional da convivência familiar e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, comprometendo, ainda, a sua proteção integral.

O que se verifica no seio da sociedade brasileira é que nem sempre a garantia à convivência familiar e comunitária é assegurada às crianças e aos adolescentes, muitos são abandonados tanto em virtude da impossibilidade de sustento por seus pais biológicos quanto por causas psicológicas e até mesmo em decorrência de serem fruto de uma gravidez indesejada, levando esses menores a serem acolhidos por instituições, antes conhecidas como abrigos e lares. Por outro lado, considera-se, também, relevante a pesquisa em razão da lacuna deixada pela Lei da Adoção frente ao vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, em situações fáticas nas quais já existe o vínculo afetivo entre ambos, porém o candidato à adoção não está inscrito no Cadastro Nacional de Adotantes.

Para tanto, a metodologia está pautada na análise da doutrina, da legislação e da jurisprudência. Como procedimentos para alcançar os objetivos, utiliza-se a pesquisa bibliográfica na legislação pátria e na doutrina, bem como análise de jurisprudência, utilizando-se dos métodos dedutivo e analítico para fim de alcançar o objetivo deste trabalho.

Este trabalho não busca desmerecer o artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas abordar e refletir acerca dos casos em que já estão estabelecidos vínculos entre a criança e o guardião de fato não inscrito no Cadastro Nacional de Adotantes, decorrentes de situações em que a entrega da criança se deu pelos pais biológicos ou apenas por um dos genitores a pessoas específicas escolhidas para lhes substituir no exercício do poder familiar.

1 A PROTEÇÃO INTEGRAL DO MENOR E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente conferiram aos menores absoluta proteção. Assim, para que se chegasse à proteção integral de crianças e adolescentes, foram necessárias várias etapas, tendo-se concretizado um verdadeiro direito fundamental social, sem o qual não é possível falar na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.¹

Analisando-se a trajetória histórica da proteção integral dos menores, verifica-se que teve início no ano de 1924, com a Liga das Nações, predecessora da Organização das Nações Unidas, com a Declaração de Genebra, a qual determinou a necessidade de propiciar às crianças e aos adolescentes uma proteção especial. Esse foi o momento em que pela primeira vez na história uma organização internacional se posicionava favorável aos direitos dos menores de idade. Já em 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas também estipulou grande proteção aos menores, estabelecendo o cuidado e a assistência aos menores, obrigando a todos a auxiliar, alimentar, educar, amparar os filhos menores de idade.²

Por sua vez, o advento da Declaração Universal dos Direitos das Crianças, em 1959, adotada pela ONU, foi o grande marco histórico dos direitos e das garantias assegurados às crianças e aos adolescentes. Essa declaração assegurava proteção especial contra discriminação, prevendo desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual, educação gratuita e obrigatória, além de proteção contra negligência, crueldade e exploração.³

O ano de 1979 foi de grande importância na história internacional dos direitos e das garantias aos menores, tendo sido declarado o Ano Internacional da Criança. A Comissão de Direitos Humanos da ONU organizou um grupo de trabalho que preparou o texto da Convenção dos Direitos da Criança, obrigando os países signatários a adaptarem suas normas à legislação interna, a qual era fundamentada em três princípios básicos inerentes ao menor: proteção especial

¹ NUNES, Joamar Gomes Vieira. **Ativismo Judicial e a Efetivação do Direito Fundamental à Proteção Integral no Estatuto Da Criança e do Adolescente**. 2012. Nº fls. 141. Dissertação de Mestrado em Direito Programa de Pós-Graduação em Direito Público, Universidade de UberlândiaUFU-MG, Uberlândia, 2012, p. 91. Disponível em: <http://www.bdt.d.ufu.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4719>. Acesso em: 23 maio 2016.

² PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 25.

³ NUNES, Joamar Gomes Vieira. **Ativismo Judicial e a Efetivação do Direito Fundamental à Proteção Integral no Estatuto Da Criança e do Adolescente**. 2012. Nº fls. 141. Dissertação de Mestrado em Direito Programa de Pós-Graduação em Direito Público, Universidade de Uberlândia UFU-MG, Uberlândia, 2012, p. 95. Disponível em: <http://www.bdt.d.ufu.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4719>. Acesso em: 23 maio 2016.

como ser em desenvolvimento; família como lugar ideal para o seu desenvolvimento; e as nações obrigam-se a constituí-la como prioridade. Em 29 de novembro de 1985, as Nações Unidas adotaram as Regras de Beiyng, que estabeleceram normas mínimas para a administração da justiça da Infância e da Juventude, tendo servido como base para novas conquistas.⁴

Ademais, o destaque de toda essa transformação histórica foi especialmente a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, a qual foi aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989. Assim, consagrou-se a doutrina da proteção integral, garantindo que as políticas básicas voltadas para a juventude devem agir de forma integrada entre a família, a sociedade e o Estado.⁵

No Brasil não foi diferente, a proteção integral do menor foi assegurada na Constituição Federal, mas, antes da Carta Magna, as crianças e os adolescentes em estado de vulnerabilidade, decorrente de situações de violência, abandono, infração penal, ou que apenas não estavam inseridos em uma família, eram conhecidos como pessoas em situações irregulares, expressão essa revogada com o advento do princípio da proteção integral do menor, expresso no artigo 227 da Constituição Federal de 1988⁶.

Para Paulo Afonso Garrido de Paula, “o Direito da Criança e do Adolescente, sob o aspecto objetivo e formal, representa a disciplina das relações jurídicas entre crianças e adolescentes, de um lado, e de outro, família, sociedade e Estado”.⁷ Contudo, não é somente na Constituição Federal que se encontra esse princípio, mas também no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 3º, *in verbis*:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

⁴ MENDES, Moacyr Pereira. *A Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente Frente à Lei 8.069/90*. 2006. Nº fls. 186. Dissertação de Mestrado em Direito Programa de Pós-Graduação em Direito das Relações Sociais, Universidade Católica de São Paulo USP-SP, São Paulo, 2006, p. 20. Disponível em: < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009234.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2016.

⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 25.

⁶ LUIZ, Jackson; FIGUEIREDO, Claudia Regina Althoff. A doutrina da proteção integral e a eficácia da lei 12.010/09 no município de Camboriú/SC. *Revista Eletrônica de Iniciação Científica*. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.3, p. 458-477, 3º Trimestre de 2013. Disponível em: <<http://www.univali.br/ensino/graduacao/cejurps/cursos/direito/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/901/jackson-e-claudia.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2016.

⁷ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 22-23.

A doutrina da proteção integral foi adotada expressamente pelo ECA em seu artigo 1º, qual diz: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”. Assim, o Estatuto garante a efetivação dos seus direitos da criança e do adolescente com total prioridade, seja por parte da família, da sociedade ou do Estado.⁸

A inserção desse princípio no ordenamento jurídico por meio da soma de duas legislações garante que as crianças e os adolescentes sejam considerados pessoas ainda em desenvolvimento pelo fato de necessitarem de cuidados especiais para a sua formação física, psíquica e mental. Fisicamente, necessitam de cuidados desde a idade tenra, pois dependem dos responsáveis para o atendimento de suas necessidades. Além disso, precisam da participação dos pais, da sociedade e do poder público no que diz respeito à formação de seu caráter, garantindo-lhes o convívio familiar harmonioso, bem como a sua inserção no meio social, com escolas, saúde, segurança, esportes, lazer, etc., para que tenham amparo psicológico e mental que lhes permita o adequado desenvolvimento.⁹

Cabe ressaltar que a proteção integral do menor encontra previsão no rol dos direitos humanos, especificamente destinado à criança e ao adolescente.¹⁰ O texto do artigo 227 da Constituição Federal, além de consagrar o princípio da proteção integral do menor, reafirma os direitos fundamentais sociais, impondo referir que o seu não cumprimento, por parte do Estado, implica falha na promoção da dignidade humana.¹¹ Esta, por sua vez, assim é definida nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo o qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar a promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹²

⁸ LINHARES, Thiago. **A proteção da criança e do adolescente em tempos de globalização e novas tecnologias**. In: Anais do 2º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias edireitos da sociedade em rede. Universidade Federal de Santa Maria. jun./2013, p. 795-808. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/6-4.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2016.

⁹ PENA JUNIOR, Moacir Cesar. **Direito das pessoas e das famílias – doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 36-37.

¹⁰ RAMIDOFF, Mário Luiz. **Direitos difusos e coletivos: Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 11.

¹¹ SANTOS, Eliane Araque dos. Criança e adolescente - sujeitos de direitos. **Revista Inclusão Social**. Brasília, v. 2, n. 1, p. 130-134, out. 2006/mar. 2007. Disponível em: <<http://revista.ibict.br/inclusao/index.php/inclusao/article/viewFile/56/78>>. Acesso em: 22 maio 2016.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 60.

O melhor interesse surgiu como um princípio capaz de separar as necessidades dos menores em relação aos interesses dos adultos. Esse princípio afirma que crianças e adolescentes possuem prioridade em relação a seus interesses, seja perante o Estado, a sociedade ou a família. Assim, a esses é assegurada absoluta prioridade.¹³ Para Paulo Lôbo,

O princípio parte da concepção de ser a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, e não como mero objeto de intervenção jurídica e social quando em situação irregular, como ocorria com a legislação anterior sobre os 'menores'. Nele se reconhece o valor intrínseco e prospectivo das futuras gerações, como exigência ética de realização de vida digna para todos.¹⁴ (Grifou-se)

Por sua vez, Rodrigo da Cunha Pereira entende que o princípio do melhor interesse do menor possui um caráter subjetivo, pois não existe um único entendimento sobre o tema, já que "A relatividade e o ângulo pelo qual se pode verificar qual a decisão mais justa passa por uma subjetividade que veicula valores morais perigosos. Para a aplicação do princípio que atenda verdadeiramente ao interesse dos menores, é necessário em cada caso fazer uma distinção entre moral e ética".¹⁵

Por isso, em qualquer interpretação das leis, deve ser analisada a absoluta prioridade da criança ou do adolescente, atendendo ao seu melhor interesse. Cabe reiterar que esse princípio está vinculado à doutrina da proteção integral, assegurando aos menores em desenvolvimento verdadeiras vantagens, como convívio comunitário, familiar, cultural, lazer, etc.¹⁶

¹³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed., de acordo com a Emenda Constitucional 66/2010 (Divórcio). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 373.

¹⁴ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed., de acordo com a Emenda Constitucional 66/2010 (Divórcio). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 373.

¹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais Norteadores do Direito de Família**. Minas Gerais: Editora e Livraria Del Rey, 2009, p. 128-129.

¹⁶ LUIZ, Jackson; FIGUEIREDO, Claudia Regina Althoff. A doutrina da proteção integral e a eficácia da lei 12.010/09 no município de Camboriú/SC. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.3, p. 458-477, 3º Trimestre de 2013. Disponível em: <<http://www.univali.br/ensino/graduacao/cejurps/cursos/direito/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/901/jackson-e-claudia.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2016.

Ao finalizar esta abordagem, como pode ser constatado, a criança e o adolescente devem encontrar no poder público todo o suporte necessário para o atendimento de seus interesses, visando a manter sua integridade física e moral, propiciando, assim, as condições necessárias para a construção de seu caráter e de sua personalidade.¹⁷

2 A LEI Nº 12.010/2009 FRENTE AO VÍNCULO AFETIVO ENTRE A CRIANÇA E O PRETENTENDE A ADOÇÃO NÃO INSCRITO NO CADASTRO NACIONAL

A Lei nº 12.010/2009, denominada Lei da Adoção, inovou trazendo alterações ao texto do Estatuto da Criança e do Adolescente e revogou quase que a integralidade dos artigos do Código Civil que disciplinavam o instituto da adoção. Seu intuito foi realmente inovar, dessa forma, substituiu diversas expressões do Estatuto da Criança e do Adolescente, como o termo “pátrio poder”, que foi substituído por “poder familiar”; “concubinato”, por “união estável”, etc. Destaca-se ainda a redução de 21 para 18 anos a idade mínima para adotar, além de ter unificado a licença-maternidade para adoção em 120 dias. Muitas foram as alterações trazidas com o advento dessa lei, entretanto cabe reforçar que o princípio de proteção integral da criança e do adolescente já expresso na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente é a base e requisito primordial da Lei da Adoção.¹⁸

A ideia dessa Lei foi tornar mais rígido o controle da adoção, buscando dar mais celeridade aos processos de adoção e criando um Cadastro Nacional para facilitar a busca de crianças e adolescentes em condições de serem adotados por pessoas habilitadas, além de ter estabelecido prazo limite de dois anos para os menores em instituições de acolhimento.¹⁹

Maria Berenice Dias, ao tratar desse assunto, tece algumas críticas:

¹⁷ LUIZ, Jackson; FIGUEIREDO, Claudia Regina Althoff. A doutrina da proteção integral e a eficácia da lei 12.010/09 no município de Camboriú/SC. *Revista Eletrônica de Iniciação Científica*. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.3, p. 458-477, 3º Trimestre de 2013. Disponível em: <<http://www.univali.br/ensino/graduacao/cejurps/cursos/direito/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/901/jackson-e-claudia.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2016.

¹⁸ BRAUNER, Maria Claudia Crespo; ALDROVANDI, Andrea. Adoção no Brasil: aspectos evolutivos do instituto no direito de família. *Revista Juris*. Rio Grande, v. 15, 2010. p. 7-35. Disponível em: <<http://www.seer.furg.br/juris/article/view/3214/1872>>. Acesso em: 25 abril 2016

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 387.

Na tentativa de agilizar o procedimento de adoção e reduzir o tempo de permanência de crianças e adolescentes em instituições, a *Lei 12.010/09* – chamada de Lei Nacional da Adoção ou Lei da Adoção – *não faz jus ao nome, pois só veio dificultar o processo de adoção*. De forma injustificável dá preferência à família biológica, o que leva o judiciário a despende muito tempo buscando encontrar parente que os deseje. [...] *Muitas das mudanças são apenas mera troca de palavras [...]*.²⁰ (Grifou-se)

A doutrinadora é enfática ao criticar esse diploma legal, uma vez que, no seu entendimento, era para ser um meio facilitador para menores em estado de abandono e vulnerabilidade encontrar em uma família e para assegurar seus direitos e garantias à convivência familiar e comunitária, entretanto transformou-se em um meio limitador à adoção. Devido a tantas burocracias, a adoção tornou-se medida excepcional, devendo-se recorrer a ela apenas quando esgotadas todas as possibilidades de permanência em família natural ou extensa, impossibilitando a milhares de crianças o sonho de ter um lar, aumentando, assim, o número de crianças em instituições de acolhimento.²¹

A referida lei instituiu a obrigatoriedade de pessoas habilitadas a serem previamente cadastradas como hábeis a adotar. Entretanto, o legislador deixou uma brecha ao tratar do tema ora em tela, esquecendo os casos em que a criança já convive sob laços familiares e já instituiu vínculos afetivos, mesmo que em situações irregulares, sem a supervisão do Poder Judiciário. Trata-se da situação na qual uma pessoa dá o seu filho a alguém determinado para que exerça sobre ele o poder familiar, como se filho deste fosse. Nesse caso, atender ao artigo 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente e, obrigatoriamente, direcionar a criança ou o adolescente à fila de espera para ser adotado significa desrespeitar os direitos e as garantias no que tange ao melhor interesse do menor.²²

Nesse contexto, mister ressaltar que os vínculos de afetividade possuem atualmente fundamento jurídico e reconhecimento como direito fundamental. Fala-se em juridicização do afeto e, nesse sentido, Tânia da Silva Pereira alerta para o fato de que o vínculo de afetividade passou a ser mais importante que os vínculos biológicos.²³

²⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 515.

²¹ DIAS, Maria Berenice. **Esvaziar os abrigos ou esvaziar a adoção**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_>. Acesso em: 5 maio 2016.

²² DIAS, Maria Berenice. **O lar que não chegou**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_o_lar_que_n%E3o_chegou.pdf>. Acesso em: 10 maio 2016.

²³ ALVES, Graziella Ferreira. **Adoção no Brasil à Luz do Neoconstitucionalismo**. 2011. N.º fls. 205. Dissertação Mestrado em Direito - Programa de Pós-Graduação em Direito Público, Universidade Federal de Uberlândia, UFU-MG, Uberlândia, 2011, P. 155. Disponível em: <<http://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/1778/1/Ado%C3%A7%C3%A3oBrasilLuz.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

Embora muitos sejam os comentários acerca desse tema, o fato é que, nos dias atuais, a socioafetividade é a base primordial para a concretização do vínculo de filiação, muitos casos são por abandono, outros pela entrega da criança a uma pessoa escolhida pelos pais biológicos, há até casos em que a criança é encontrada no lixo ou até mesmo na porta de casa, contudo, independentemente da forma pela qual é exercida a guarda de fato, a relação de afeto que se criou não pode ser prejudicada e caberá ao Judiciário analisar os valores em conflito, devendo prevalecer os princípios constitucionais, atendendo ao melhor interesse da criança ou do adolescente.²⁴ Considerando o afeto como um valor jurídico, ele pode se sobrepor aos vínculos sanguíneos em questões ligadas à filiação, em determinados casos.²⁵

Contudo, não se estipula um tempo para se estreitar vínculos de afetividade, mas reafirma que um recém-nascido não adquire tamanho vínculo para não se atender à obrigatoriedade do Cadastro Nacional, conforme entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO UNILATERAL INTUITU PERSONAE. DESCABIMENTO. VIOLAÇÃO DA REGRAS QUE DISCIPLINAM A MATÉRIA. RECÉM-NASCIDA QUE SE ENCONTRA SOB A GUARDA ILEGAL DE CASAL INDICADO PELA GENITORA. DETERMINAÇÃO DE BUSCA E APRENSÃO E ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DA MENOR COM VISTA À ADOÇÃO POR PESSOAS HABILITADAS JUNTO AO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO - CNA. PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DA CRIANÇA. APELO IMPROVIDO E SENTENÇA PARCIALMENTE DESCONSTITUÍDA, DE OFÍCIO.²⁶

²⁴ SOUZA, Rodrigo Faria. Adoção dirigida (vantagens e desvantagens). *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, 2009. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_184.pdf>. Acesso em: 10 maio 2016.

²⁵ ALVES, Graziella Ferreira. *Adoção no Brasil à Luz do Neoconstitucionalismo*. 2011. N° folhas 155. Dissertação Mestrado em Direito - Programa de Pós-Graduação em Direito Público, Universidade Federal de Uberlândia, UFU-MG, Uberlândia, 2011. Disponível em: <http://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/1778/1/Ado%C3%A7%C3%A3oBrasilLuz.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2015.

²⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70065190431*. Relatora Sandra Brisolara Medeiros. Data do julgamento: 24 fev. 2016. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70065190431%26num_processo%3D70065190431%26codEmenta%3D6656129+70065190431++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70065190431&comarca=Comarca%20de%20Canoas&dtJulg=24/02/2016&relator=Sandra%20Brisolara%20Medeiros&aba=juris>. Acesso em: 10 maio 2016.

Entenderam os julgadores que uma criança recém-nascida não adquire vínculo afetivo tão forte com aqueles que exercem sua guarda de fato a ponto de utilizar-se do princípio do melhor interesse do menor, prevalecendo, assim, a ordem de cadastro dos adotantes.²⁷

Nesse sentido, é importante reforçar que o Poder Judiciário deverá analisar caso a caso, em hipóteses de guarda por um longo período, em que o menor reconhece seus guardiões como pai e mãe, com laços de afeto já estabelecidos, cujo afastamento acarretará prejuízos ao seu bem-estar físico e psíquico. Assim, a inobservância a obrigatoriedade do Cadastro Nacional poderá ser viável, pois a ruptura do menor com o seu lar de convívio e com aqueles que sempre o tiveram como filho, entregando-o a um terceiro com o qual não possui nenhum vínculo afetivo ou de afinidade, gerará um grande abalo emocional para ambas as partes.²⁸

3 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS MENORES E A ATUAL REALIDADE DAS INSTITUIÇÕES

A política de acolhimento institucional do Brasil foi implantada a partir das alterações do Estatuto da Criança e do Adolescente através da Lei da Adoção. Tal política tem o intuito em alterar a forma como as instituições de acolhimento, antes conhecidas como abrigos e lares, vêm atendendo as crianças e os adolescentes que se encontram sob sua guarda.²⁹

²⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70065190431**. Relatora Sandra Brisolara Medeiros. Data do julgamento: 24 fev. 2016. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D70065190431%26num_processo_mask%3D70065190431%26num_processo%3D70065190431%26codEmenta%3D6656129+70065190431++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70065190431&comarca=Comarca%20de%20Canoas&dtJulg=24/02/2016&relator=Sandra%20Brisolara%20Medeiros&aba=juris. Acesso em: 10 maio 2016.

²⁸ SOUZA, Rodrigo Faria. Adoção dirigida (vantagens e desvantagens). **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, 2009. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_184.pdf>. Acesso em: 10 maio 2016.

²⁹ MACHADO, Vanessa Rombola. A atual política de acolhimento institucional à luz do estatuto da criança e do adolescente. **Serviço Social em Revista**. Londrina, v. 13, n.2, jan.-jun. de 2011. p. 143-169. Disponível em: <[file:///C:/Users/0112788/Downloads/10431-39605-1-PB%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/0112788/Downloads/10431-39605-1-PB%20(4).pdf)>. Acesso em: 28 mar. 2016.

O Estado, preocupado com as crianças e os adolescentes que são retirados de seu convívio familiar e objetivando não deixar esses menores nas ruas sem cuidado, carinho, afeto, educação, saúde física e psicológica, implementou as instituições de acolhimento às crianças e aos adolescentes desamparados.³⁰

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei da Adoção, o termo *abrigamento* foi substituído pelo termo *acolhimento institucional*. O acolhimento institucional é definido como atendimento institucional a crianças e adolescentes que tiveram seus direitos violados e que, em razão disso, necessitam ser temporariamente afastados de seu convívio familiar. Nesse sentido, é imperioso ressaltar que funcionam como residência temporária, na qual os menores permanecem até o retorno ao seu lar de origem e, em casos de impossibilidade de isso ocorrer, até serem inseridos em família substituta.³¹

Assim, as casas de acolhimento podem ser entidades governamentais e não governamentais e têm por objetivo o acolhimento temporário dos menores que se encontram desamparados, os quais aguardam por reintegração familiar ou a colocação em família substituta. São fiscalizadas pelo Ministério Público, pela autoridade judiciária e pelo Conselho Tutelar.³²

Ainda cabe lembrar a estrutura das instituições de acolhimento, que deve ser semelhante à das residências, com três ou mais quartos, sem placa que indique uma instituição de acolhimento, situada em bairro de fácil acesso aos recursos da comunidade, como escolas, hospitais, espaço de lazer, culturais etc.³³ A previsão legal para o acolhimento institucional está prevista no Plano Nacional da Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, além de estar expresso no artigo 92 do Estatuto da Criança e do Adolescente.³⁴

³⁰ AVILA, Rossana Elvira Andrada de. **Política de adoção tardia**: dimensões sociais, culturais e jurídicas. 2011. Nº fls. 102. Dissertação de Mestrado- Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas e Formação Humana, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ-RJ, Rio de Janeiro, 2011, p. 64. Disponível em: <http://www.bdt.d.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5678>. Acesso em: 28 mar. 2016.

³¹ MACHADO, Vanessa Rombola. A atual política de acolhimento institucional à luz do estatuto da criança e do adolescente. *Serviço Social em Revista*. Londrina, v. 13, n.2, jan.-jun. de 2011. p. 143-169. Disponível em: <[file:///C:/Users/0112788/Downloads/10431-39605-1-PB%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/0112788/Downloads/10431-39605-1-PB%20(4).pdf)>. Acesso em: 28 mar. 2016.

³² AVILA, Rossana Elvira Andrada de. **Política de adoção tardia**: dimensões sociais, culturais e jurídicas. 2011. Nº fls. 102. Dissertação de Mestrado- Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas e Formação Humana, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ-RJ, Rio de Janeiro, 2011, p. 64. Disponível em: <http://www.bdt.d.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5678>. Acesso em: 28 mar. 2016.

³³ OLIVEIRA, Rita de Cássia. A história começa a ser revelada: panorama atual do abrigo no Brasil. In: BAPTISTA, Myriam Veras. (Coord.). **Abriço**: comunidade de acolhida e socioeducação. São Paulo: Instituto Camargo Correa, 2006, p. 41. Disponível em: <<http://www.neca.org.br/wp-content/uploads/abrigo-miolo.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

³⁴ GULASSA, Maria Lucia Carr Ribeiro. A fala dos abrigos. In: BAPTISTA, Myriam Veras. (Coord.). **ABRIGO**: comunidade de acolhida e socioeducação. São Paulo: Instituto Camargo Correa, 2006, p. 57. Disponível em: <<http://www.neca.org.br/wp-content/uploads/abrigo-miolo.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

Sob esse viés, é possível destacar que o Estatuto da Criança e do Adolescente assegura aos infantes o direito à convivência familiar e comunitária, a inserção em família substituta e a vivência em instituições acolhedoras, estas últimas com caráter excepcional e provisório, uma vez que se objetiva o retorno do menor ao seu lar de origem. O “abrigado” ou institucionalizado” tem o direito de manter relações com sua família biológica, e as instituições podem auxiliar na reestruturação familiar através de visitas domiciliares às famílias das crianças e dos adolescentes sob sua responsabilidade, também é possível acompanhamento social das famílias, organização de reuniões ou grupos de discussão e de apoio para os familiares dos abrigados e encaminhamento das famílias para a inserção em programas oficiais ou comunitários de auxílio/proteção à família.³⁵

Nessa mesma senda, Vanessa Rombola Machado destaca sua opinião a respeito da reestruturação dos vínculos entre o menor e sua família biológica,

[...] o processo de reintegração familiar deveria começar no momento do acolhimento. Para tanto, a entidade deveria contar com profissionais que pudessem desenvolver um trabalho de aproximação com a família de origem e outras pessoas que convivessem com a criança e, assim, conhecessem (através de entrevistas, visitas domiciliares, observação da relação entre a família e a criança, a comunidade) os motivos do abrigamento, levantando-se perspectivas e alternativas para que a criança pudesse voltar para a família. Isso significa que todo esse processo exige um investimento não só em torno das famílias, bem como em torno da criança.³⁶

Verifica-se, consoante o que estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, que a reestruturação da família é primordial, restando às casas de acolhimento responsáveis pela avaliação periódica dessa reintegração familiar, em caso de esgotadas as possibilidades, a rápida comunicação às autoridades judiciárias para a destituição do poder familiar e a inserção do menor em família substituta. A colocação em família substituta é a segurança de garantir um convívio familiar, estabelecendo laços de afeto e carinho com uma nova entidade familiar. As casas de acolhimento desempenham um papel fundamental nesse

³⁵ BRASIL. Ministério Público Federal. *Como é a vida de crianças e adolescentes nos abrigos?* Disponível em: <<http://www.turminha.mpf.mp.br/direitos-das-criancas/convivencia-familiar-e-comunitaria>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

³⁶ MACHADO, Vanessa Rombola. A atual política de acolhimento institucional à luz do estatuto da criança e do adolescente. *Serviço Social em Revista*. Londrina, v. 13, n.2, jan.-jun. de 2011. p. 143-169. Disponível em: <[file:///C:/Users/o112788/Downloads/10431-39605-1-PB%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/o112788/Downloads/10431-39605-1-PB%20(4).pdf)>. Acesso em: 28 mar. 2016.

processo, auxiliando o incentivo à integração em família substituta sob a forma de guarda, tutela ou adoção e a manutenção de programas de apadrinhamento afetivo, alternativa de referência familiar para crianças e adolescentes abrigados.³⁷

Toda entidade de acolhimento institucional deve seguir as Orientações Técnicas para os Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes³⁸, as quais foram aprovadas em 18 de junho de 2009 pelo Conselho Nacional de Assistência Social e pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, com o objetivo de estabelecer um melhor funcionamento dessas instituições que acolhem os menores, apresentando uma melhor estruturação e qualidade no serviço prestado.³⁹

Entretanto, em breve análise da realidade, verifica-se que as instituições de acolhimento ainda deixam a desejar. É notório também que a criança que ali se encontra sente o abrigo como seu lar, e não como uma residência provisória. O retorno ao seu lar de origem, na maioria das vezes, não acontece, e o fator de idade para a colocação em família substituta interfere muito, já que, em geral, os candidatos à adoção preferem crianças pequenas. Na maioria das casas de acolhimento, há um número muito elevado de crianças e adolescentes, o que dificulta a eles um atendimento individualizado, gerando uma ausência de afeto e carinho, o que pode comprometer o seu adequado desenvolvimento biopsicossocial.⁴⁰

Na maioria dos casos, a ruptura da criança com sua família biológica é traumática, as suas reações são de tristeza, medo, dúvidas e timidez, sua identidade e história se confundem. Isso acarreta uma autoestima baixa devido à falta de perspectiva e é nesse momento que cabe aos educadores das

³⁷ BRASIL. Ministério Público Federal. *Como é a vida de crianças e adolescentes nos abrigos?* Disponível em: <<http://www.turminha.mpf.mp.br/direitos-das-criancas/convivencia-familiar-e-comunitaria>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

³⁸ CONANDA; CNAS. **ORIENTAÇÕES TÉCNICAS PARA OS SERVIÇOS DE ACOLHIMENTO PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES**. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/cnas/noticias/cnas-e-conanda-orientacoes-tecnicas-servicos-de-acolhimento-para-criancas-e-adolescentes-1>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

³⁹ MACHADO, Vanessa Rombola. A atual política de acolhimento institucional à luz do estatuto da criança e do adolescente. *Serviço Social em Revista*. Londrina, v. 13, n.2, jan.-jun. de 2011. p. 143-169. Disponível em: <[file:///C:/Users/o112788/Downloads/10431-39605-1-PB%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/o112788/Downloads/10431-39605-1-PB%20(4).pdf)>. Acesso em: 28 mar. 2016.

⁴⁰ AVILA, Rossana Elvira Andrada de. **Política de adoção tardia: dimensões sociais, culturais e jurídicas**. 2011. Nº fls. 102. Dissertação de Mestrado- Programa de Pós Graduação em Políticas Públicas e Formação Humana, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ-RJ, Rio de Janeiro, 2011, p. 64. Disponível em: <http://www.btd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5678>. Acesso em: 28 mar. 2016.

instituições apresentarem pontos positivos, pois as crianças precisam sentir que são membros importantes para um grupo e construir referências, a fim de estarem prontas para um futuro desligamento com a instituição de acolhimento.⁴¹

A situação das crianças e dos adolescentes que se encontram em instituições de acolhimento nem sempre é provisória e seu desligamento da instituição é prolongado. Segundo o Levantamento Nacional no ano de 2004, o período de acolhimento varia de sete meses a cinco anos, além de se constatar adolescentes institucionalizados há dezoito anos.⁴²

Com a longa espera para a maioria das crianças e dos adolescentes, a vida fora de uma instituição de acolhimento é quase uma lembrança esquecida. Segundo o CNA, a preferência dos pretendentes à adoção é por crianças de zero a cinco anos, crianças e adolescentes fora desses padrões acabam prolongando sua estadia em casas de acolhimento, conseqüentemente, sem perspectiva de uma nova família.⁴³

De acordo com o acima exposto, o perfil da criança e do adolescente que se encontram em uma instituição de acolhimento é o fator primordial para o prolongado período que ali se encontram, uma vez que a maioria é formada por meninos afrodescendentes entre sete e quinze anos, muitos estão acolhidos com seus irmãos e outros são internos. Seu perfil não se enquadra com o desejo dos pretendentes à adoção inscritos no Cadastro Nacional e seu retorno à família de origem é inviável, pois muitas famílias se encontram em extrema pobreza e veem no abrigo a melhor oportunidade para os filhos.⁴⁴

Discorrendo ainda sobre esse tema, é possível destacar que, mesmo prolongando a estadia de crianças e adolescentes em instituições de acolhimento, é garantido a esses o direito à convivência comunitária, garantia essa estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ofertando o acesso a políticas básicas, atividades externas de lazer, esporte, religião, educação e atividades culturais.⁴⁵

⁴¹ GULASSA, Maria Lucia Carr Ribeiro. A fala dos abrigos. In: BAPTISTA, Myriam Veras. (Coord.). **ABRIGO**: comunidade de acolhida e socioeducação. São Paulo: Instituto Camargo Correa, 2006, p. 57. Disponível em: <<http://www.neca.org.br/wp-content/uploads/abrigo-miolo.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

⁴² OLIVEIRA, Rita de Cássia. A história começa a ser revelada: panorama atual do abrigamento no Brasil. In: BAPTISTA, Myriam Veras. (Coord.). **Abriço**: comunidade de acolhida e socioeducação. São Paulo: Instituto Camargo Correa, 2006, p. 44. Disponível em: <<http://www.neca.org.br/wp-content/uploads/abrigo-miolo.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

⁴³ BRASIL. SENADO. Perfil das crianças disponíveis para adoção. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/emdiscussao/adocao/realidade.aspx>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

⁴⁴ OLIVEIRA, Rita de Cássia. A história começa a ser revelada: panorama atual do abrigamento no Brasil. In: BAPTISTA, Myriam Veras (Coord.). **Abriço**: comunidade de acolhida e socioeducação. São Paulo: Instituto Camargo Correa, 2006, p. 43. Disponível em: <<http://www.neca.org.br/wp-content/uploads/abrigo-miolo.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

⁴⁵ BRASIL. Ministério Público Federal. **Como é a vida de crianças e adolescentes nos abrigos?** Disponível em: <<http://www.turminha.mpf.mp.br/direitos-das-criancas/convivencia-familiar-e-comunitaria>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

Entretanto, segundo o Levantamento Nacional, não é isso o que ocorre, pois apenas 6,6% dos abrigos pesquisados utilizavam os serviços ofertados, como creche, ensino regular, profissionalização para adolescentes, assistência médica e odontológica, atividades de lazer, culturais e outros. Além disso, as instituições devem estimular a participação de pessoas da comunidade nas atividades internas, a exemplo de atividades voluntárias no âmbito de serviços complementares, como professores de reforço, voluntários nas áreas de esportes, informática, culinária, música, teatro, etc., mas o levantamento apresentou que apenas 27,5% das instituições pesquisadas atendem a esses critérios. Observa-se que as instituições de acolhimento ainda privam as crianças e os adolescentes do convívio social.⁴⁶

Contudo, vale ressaltar que a situação não é de responsabilidade somente das instituições de acolhimento, mas também dos órgãos competentes, como Judiciário, Ministério Público e Conselhos Tutelares, os quais devem dar prioridade aos menores, oferecendo melhores políticas públicas e celeridade nos processos de inserção em família substituta.⁴⁷

Diante da atual realidade dos menores em instituições de acolhimento, o poder público criou programas de acolhimento temporário para amenizar o sofrimento dessas crianças. Os programas mais conhecidos são o *apadrinhamento afetivo* e as *famílias acolhedoras*. O apadrinhamento afetivo consiste em voluntários que apadrinham crianças e podem levar o afilhado para passear nos fins de semana ou até mesmo dormir em sua casa. O Programa famílias acolhedoras está regulamentado na Lei da Adoção, a família cadastrada passa por estudos psicológicos, entrevistas e visitas domiciliares e, se for apta, a Justiça emite um termo de guarda provisória da criança. Não existe, no caso, vínculo de filiação, mas sim de solidariedade.⁴⁸

A ideia desses programas não governamentais está em amenizar a dor desses menores que se encontram em instituições de acolhimento com poucas possibilidades de serem adotados. O apadrinhamento afetivo foi uma maneira que o Estado encontrou para aumentar as possibilidades desses menores

⁴⁶ SILVA, Enid Rocha Andrade da; AQUINO, Luseni Maria Cordeiro. Os abrigos para crianças e adolescentes e o direito à convivência familiar e comunitária. In: SILVA, Enid Rocha Andrade da. (Coord.). **O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada- IPEA, 2004, p. 191. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=5481>. Acesso em: 25 abr. 2016.

⁴⁷ SILVA, Enid Rocha Andrade da; AQUINO, Luseni Maria Cordeiro. Os abrigos para crianças e adolescentes e o direito à convivência familiar e comunitária. In: SILVA, Enid Rocha Andrade da. (Coord.). **O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada- IPEA, 2004, p. 192. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=5481>. Acesso em: 25 abr. 2016.

⁴⁸ ALMEIDA, Kamila. Programa de acolhimento temporário é alternativa para crianças retiradas de família biológica. A proposta, estimulada pelo poder público para amenizar o sofrimento, ainda é envolta em incertezas, mas ganha força desde 2009. Zero Hora. Porto Alegre, 2014. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/br/noticias/noticia/2014/06/programa-de-acolhimento-temporario-e-alternativa-para-criancas-retiradas-de-familia-biologica-4538676.html>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

fora do ambiente institucional, incluindo momentos de lazer nos finais de semana, feriados e férias escolares. Os padrinhos servem como ponto de apoio a seus afilhados, apresentando referências de vida, e garantem que crianças e adolescentes tenham vínculo afetivo com alguém especial que auxiliará em sua autoestima, nos relacionamentos sociais e emocionais.⁴⁹

Já o Programa família acolhedora se configura como uma família que se candidata voluntariamente para receber uma criança temporariamente enquanto se decide o destino desta. Substitui a família de origem e oferece, por um tempo determinado, as condições necessárias para o desenvolvimento dessa criança.⁵⁰

Ao finalizar esta abordagem, como pode ser constatado, o Estado e a sociedade trabalham juntos para amenizar a situação em que se encontram as crianças e os adolescentes que esperam o retorno à sua família de origem ou a colocação em família substituta, ofertando programas sociais que possam amenizar essa espera e propiciar condições de um convívio comunitário, bem como laços de afeto e carinho que muitos desconheciam.⁵¹

4 A IMPORTÂNCIA DO RECONHECIMENTO JURÍDICO DA ADOÇÃO INTUITU PERSONAE COMO ATENDIMENTO AO INTERESSE DO MENOR

A adoção *intuitu personae* caracteriza-se pela intervenção dos pais biológicos na escolha de uma nova família para a criança ou o adolescente para lhes substituir no exercício familiar. Ocorre que essa vontade é exteriorizada em momento anterior ao processo de adoção e sem conhecimento do Poder

⁴⁹ DANTAS, Luísa Maria Silva. “Criando Parentesco?” Um estudo sobre o “Apadrinhamento Afetivo” em Porto Alegre/RS. Nº fls. 146. Dissertação de Mestrado- Programa de Pós Graduação em Antropologia Social, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS-RG, Rio Grande do Sul, 2011, p. 14. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/33329/000789472.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

⁵⁰ PEREIRA, Carolina Sette. “Família é a gente com quem se conta”: o Programa Família Acolhedora ampliando a rede de pertencimento. Nº de fls. 188. Dissertação de Mestrado- Programa de Pós Graduação em Psicologia Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2012, p. 19. Disponível em: <http://www.btd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5763>. Acesso em: 25 abr. 2016.

⁵¹ PEREIRA, Carolina Sette. “Família é a gente com quem se conta”: o Programa Família Acolhedora ampliando a rede de pertencimento. Nº de fls. 188. Dissertação de Mestrado- Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2012, p. 42. Disponível em: <http://www.btd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5763>. Acesso em: 25 abr. 2016.

Judiciário.⁵² Segundo Maria Berenice Dias, essa modalidade de adoção “chama-se de adoção *intuitu personae* ou adoção dirigida quando há o desejo da mãe de entregar o filho a determinada pessoa. Também é assim chamada a determinação de alguém adotar uma certa criança”.⁵³

Suely MitieKuzano também traz a sua contribuição e conceitua desta forma:

A adoção intuitu personae é aquela em que a mãe (também o pai, se for conhecido), estando no exercício do poder familiar, manifesta a vontade de disponibilizar o filho à adoção e indica pessoa determinada para ser o adotante, antes que o indicado tenha convivido com o adotando. [...] Caracteriza-se adoção intuitu personae porque a adoção é direcionada a um adotando específico, com intenção a pessoa determinada que não seja parente do adotando, cônjuge ou companheiro daprogenitora. [...] Ressalte-se que a adoção intuitu personae tem cabimento apenas na adoção nacional. [...].⁵⁴ (Grifou-se)

Inúmeras são as situações que fundamentam a adoção *intuitu personae*, há quem busque adotar um recém-nascido que encontrou no lixo, há aqueles que trabalham em instituições de acolhimento e criam um vínculo de afinidade e afetividade com a criança que ali se encontra e, na maioria dos casos, a própria mãe entrega seu filho ao pretense adotante, que pode ser uma patroa, uma vizinha ou até mesmo um amigo. Contudo, o Judiciário tende a não reconhecer essa prática e o direito da mãe em escolher os pais para seu filho. Por sua vez, Maria Berenice Dias acrescenta que “[...] dar um filho à adoção é o maior gesto de amor que existe: sabendo que não poderá criá-lo, renunciar ao filho, para assegurar-lhe uma vida melhor da que pode lhe propiciar, é atitude que só o amor justifica”.⁵⁵

Galdino Augusto Coelho Bordallo também comenta essa prática e defende que a escolha dos genitores que decidem dar um filho à adoção deve ser respeitada:

⁵² MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Revisada e atualizada conforme a Lei nº 12.010/2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 251.

⁵³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 510.

⁵⁴ KUSANO, Suely Mitie. *Adoção de Menores: Intuitu Personae*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 151.

⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 510.

Não vemos nenhum problema nesta possibilidade, eis que são os detentores do poder familiar e possuem todo o direito de zelarem pelo bem-estar de seu rebento. Temos que deixar de encarar os pais que optam por entregar seu filho em adoção como pessoas que cometem alguma espécie de crime. A ação destes pais merece compreensão, pois, se verificam que não terão condições de cuidar da criança, ao optarem pela entrega, estão agindo com todo amor e carinho por seu filho, buscando aquilo que entendem melhor para ele. Assim, se escolhem pessoas para assumir a paternidade de seu filho, deve-se respeitar esta escolha.⁵⁶

Essa modalidade de adoção não expõe a criança ou o adolescente ao perigo, uma vez que sua integridade física não é violada, não constituindo, portanto, conduta criminosa.⁵⁷ Ela se distingue pela indicação dos adotantes, estes sem prévia inscrição no Cadastro Nacional. Os demais requisitos estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente devem ser rigorosamente atendidos, afim de afastar qualquer prática ilícita e prevalecer o melhor interesse do menor.⁵⁸

Maria Berenice Dias explana sua opinião no que diz respeito à inobservância da inscrição do pretense adotante:

Existe uma exacerbada tendência em sacralizar a lista de preferência e não admitir, em hipótese nenhuma, a adoção por pessoas não inscritas. É tal a intransigência e a cega obediência à ordem de preferência que se deixa de atender a situações em que, mais do que necessário, é recomendável deferir a adoção sem atentar à listagem. Muitas vezes o candidato não se submeteu ao procedimento de inscrição, até porque jamais havia pensado em adotar.⁵⁹ (Grifou-se)

Ao analisar essa modalidade de adoção, percebe-se a indicação dos pais biológicos para colocação do menor em família substituta. De certa forma, tal modalidade se apresenta como mais benéfica ao menor, uma vez que não precisará ser acolhido por uma instituição, evitando-se, assim, situações traumáticas e as adversidades decorrentes do longo processo burocrático de adoção.⁶⁰

⁵⁶ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 326.

⁵⁷ SOUZA, Rodrigo Farias de. **Adoção dirigida: vantagens e desvantagens**. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v.12, n. 45. p. 185, jan. 2009. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_184.pdf>. Acesso em: 25 maio 2016.

⁵⁸ KUSANO, Suely Mitie. **Adoção de Menores: Intuitu Personae**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 52.

⁵⁹ DIAS, Maria Berenice. Adoção e a espera do amor. Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/uploads/1_-_ado%20e_a_espera_do_amor.pdf>. Acesso em: 25 maio 2016.

⁶⁰ KUSANO, Suely Mitie. **Adoção de Menores: Intuitu Personae**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 143.

Em contrapartida, Júlio Alfredo Almeida acredita que essa prática se dá pela má-fé, sendo um meio arbiloso para fins lucrativos e tráfico de crianças. E ainda acrescenta: “Enquanto a família natural decorre de um fato biológico, a família substituta deriva de um fato jurídico-social, e como tal, está subordinada ao império da lei”.⁶¹

Ao confrontar o entendimento do autor anteriormente citado, Galdino Augusto Coelho Bordallo verifica que o tema enseja uma análise mais precisa:

Por certo que a troca de uma criança por dinheiro ou algum outro benefício é fato que causa grande repulsa e também somos contrários a ela, mas é certo que nem sempre isto irá ocorrer. Não se deve ter a ideia de má-fé envolvendo todos os atos que são praticados envolvendo a entrega de uma criança, sendo este um preconceito dos profissionais do direito. Existindo alguma suspeita que tal situação possa ter ocorrido, deverá ser investigado no transcorrer do processo de adoção, sendo tomadas as medidas legais cabíveis, caso seja ele comprovado.⁶²

Nesse sentido, cabe ressaltar que a adoção *intuitu personae* se dará mediante a entrega da criança sem contraprestações, caso contrário, configuraria a prática de um crime. No entendimento de Bruna Fernandes Coêlho, o legislador, com medo de práticas ilegais e acreditando que todos partem de má-fé, acabou por deixar de lado o princípio que rege o instituto da adoção, isto é, o melhor interesse da criança e do adolescente, bem como o sentimento que é essencial ao menor: o afeto.⁶³

Apesar da boa intenção do legislador ao tentar exterminar as obscuridades que maculam a adoção, algo muito maior foi deixado de lado: a afetividade. Numa primeira análise, o estudioso pode ser levado a imaginar que o parágrafo 13 do Art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, modificadopela Lei em análise é uma das primeiras tentativas legiferantes em normatizar o afeto. A afirmação é verídica, mas a questão não é tão simplória. A interpretação do dispositivo pode levar o aplicador da lei a excluir a possibilidade da homologação da adoção de fato, por exemplo, modalidade corriqueira de adoção no Brasil. Deve o legislador entender que o Direito caminha de acordo com o amadurecer da sociedade que o cria, mas não

⁶¹ ALMEIDA, Júlio Alfredo de. *Adoção Intuitu Personae – Uma proposta de Agir*. Síntese da Monografia de Especialização em Direito Comunitário: Infância e Juventude, Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre, 2002. Disponível em <<http://www.mp.rs.gov.br>>. Acesso em: 25 maio 2016.

⁶² BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 326.

⁶³ COÊLHO, Bruna Fernandes. Adoção intuitu personae sob a égide da Lei nº 12.010/09. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9265>. Acesso em 24 maio 2016.

*é capaz de abarcar todas as situações fáticas, em especial quando se trata de sentimentos, de afeto. Ações podem ser previstas, autorizadas ou vedadas, mas o amor não pode ser regrado, permitido ou proibido. O fato de um indivíduo não estar inserido previamente no cadastro intencional de adoção não o impede de ter laços de afeto com determinada pessoa, considerando-o e amando-o como filho.*⁶⁴ (Grifou-se)

Para Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, a aceitação dessa modalidade de adoção diminuirá a prática de adoções ilegais. “É importante a aceitação da adoção *intuitu personae*, pois sua negação fará com que as pessoas tenham medo de comparecer às Varas da Infância para regularizar sua situação com a criança, o que acarretará duas coisas: que permaneçam com a criança de modo totalmente irregular ou que ocorra a adoção ‘à brasileira’”.⁶⁵

A possibilidade dessa modalidade de adoção se dá pelo princípio do melhor interesse do menor, e o posicionamento jurisprudencial deixa claro essa relação entre a adoção *intuitu personae* e o superior interesse da criança e do adolescente:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*. EXTINÇÃO DO PROCESSO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. DECISÃO REVERTIDA. Tomados os renovados princípios constitucionais postos no Estatuto da Criança e do Adolescente, que enaltecem a proteção ao melhor interesse de crianças e adolescentes, e a previsão normativa de hipóteses de adoção *intuitu personae*, cabe autorizar o processamento da pretensão posta na ação que teve cumulado pedido de guarda provisória, em lugar de sua pronta extinção por indeferimento da petição inicial. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME⁶⁶

⁶⁴ COELHO, Bruna Fernandes. Adoção intuitu personae sob a égide da Lei nº 12.010/09. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9265>. Acesso em 24 maio 2016.

⁶⁵ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Revisada e atualizada conforme a Lei nº 12.010/2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 255.

⁶⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70066269267*. Relator Luiz Felipe Brasil Santos. Data do julgamento: 10 dez. 2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70066269267%26num_processo%3D70066269267%26codEmenta%3D6595548+70066269267++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70066269267&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=10/12/2015&relator=Luiz%20Felipe%20Brasil%20Santos&aba=juris>. Acesso em: 25 maio 2016.

A observância do princípio do melhor interesse do menor é elementar, uma vez que cada caso deverá ser analisado pelo juiz, que decidirá qual situação melhor atenderá a criança e o adolescente.⁶⁷ Os direitos inerentes à criança e ao adolescente, consistente no princípio constitucional da prioridade absoluta, previsto no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal e no artigo e no artigo 4 do Estatuto da Criança e do Adolescente, tal fundamento não decorre somente dessas duas previsões legais, mas de todo um contexto social, devendo ser buscada a solução mais adequada para atender ao melhor interesse do menor.⁶⁸

Urge destacar o entendimento de Rossato *et al* em relação ao princípio do melhor interesse do menor e à adoção *intuitu personae*:

Não obstante a sistemática firmada pela Lei Nacional da Adoção, a jurisprudência flexibiliza as hipóteses de dispensa de prévio cadastramento e respeito à fila de adoção para além das exceções previstas no §13 do art.50 do Estatuto. O que tem sido considerado mais importante é o melhor interesse da criança, o que na maioria das vezes tem sido aferido pela formação de laços de afinidade e afetividade com os pretendentes à adoção.⁶⁹

O que se tem constatado, na realidade, é que essa modalidade de adoção ainda é uma prática corriqueira, a qual necessita de regulamentação, consoante o mais recente julgado do Rio Grande do Sul,

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E ADOÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR. VERIFICADA SITUAÇÃO DE ABANDONO EM SENTIDO AMPLO POR AMBOS OS GENITORES DESDE O NASCIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE MANTER A GUARDA COM A FAMÍLIA EXTENSA. CONVIVÊNCIA COM OS GUARDIÕES DE FATO CONSOLIDADA HÁ MAIS DE 07 (SETE) ANOS. ESTABELECIMENTO DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE O MENOR E OS PRETENDENTES À SUA ADOÇÃO. PRECEDENTES. SENTENÇA CONFIRMADA. Situação de fato em que o menor foi entregue aos cuidados dos autores logo após o seu nascimento por iniciativa da mãe biológica, que não apresenta condições de cumprir os deveres decorrentes do poder familiar, assim como o pai, não havendo prova nos autos de alteração positiva

⁶⁷ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Revisada e atualizada conforme a Lei nº 12.010/2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 254-255.

⁶⁸ GRANDO. Viviane Thais; ARAÚJO, Ariane Pradi e Lopes Braga de. Adoção *intuitu personae* e a observância do cadastro de adoção. *Revista Eletrônica de Iniciação Científica*. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.1, p. 1852-1871, 1º Trimestre de 2013. Disponível em: <http://www.univali.br/ensino/graduacao/cejurps/cursos/direito/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/lists/artigos/attachments/107/arquivo_107.pdf>. Acesso em: 25 maio 2016.

⁶⁹ ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2013, p. 223.

dessa situação no curso do processo. Inviabilidade de manutenção da guarda pela família extensa, dadas as circunstâncias que ilustram o caso concreto. *O menino está inserido na família guardiã há mais de 07 (sete) anos, desenvolvendo referência parental com os demandantes que apresentam plenas condições de manter os cuidados de que ele necessita, assumindo os deveres do poder familiar, razão pela qual a adoção intuitu personae, excepcionalmente, deve ser consolidada.* APELO DESPROVIDO. (Grifou-se)⁷⁰

Nesse sentido, é possível transcrever entendimento do Relator Rui Portanova em relação ao afeto e à boa-fé dos adotantes:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA PROVISÓRIA. CONCESSÃO. Caso no qual os agravantes acompanharam toda a gestação da mãe biológica, que não tem interesse em manter a filha, e já declarou sua intenção em dá-la em adoção aos agravantes. Projeta-se seja caso de adoção 'intuitu personae'. Ademais, a conclusão do laudo psicossocial veio no sentido de que os agravantes já formaram vínculo afetivo com a menor, e que por isso devem ficar com ela. Por isso, a guarda provisória deve ser a eles deferida. DERAM PROVIMENTO. (Grifou-se)⁷¹

Quando se trata da aplicação do Direito ao caso concreto, devem ser analisados os valores primordiais que dão sustentação à norma legal. Por fim, diante dos julgados supracitados, é possível perceber que o princípio do melhor interesse do menor e da afetividade são os paradigmas basilares, o que demonstra que o olhar de todos deve ser voltado ao que interessa: a absoluta prioridade da criança e do adolescente.⁷²

⁷⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70065514135**. Relatora Sandra Brisolara Medeiros. Data do julgamento: 24 fev. 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70065514135%26num_processo%3D70065514135%26codEmenta%3D6655413+70065514135.+++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70065514135&comarca=Comarca%20de%20Santa%20Maria&dtJulg=24/02/2016&relator=Sandra%20Brisolara%20Medeiros&aba=juris>. Acesso em: 25 maio 2016.

⁷¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento Nº 70051510543**. Relator Rui Portanova. Data do julgamento: 13 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70051510543%26num_processo%3D70051510543%26codEmenta%3D5056099+70051510543+&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70051510543&comarca=Comarca%20de%20Pelotas&dtJulg=13/12/2012&relator=Rui%20Portanova&aba=juris>. Acesso em: 25 maio 2016.

⁷² GRANDO. Viviane Thais; ARAÚJO, Ariane Pradi e Lopes Braga de. Adoção intuitu personae e a observância do cadastro de adoção. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.1, p. 1852-1871, 1º Trimestre de 2013. Disponível em: <http://www.univali.br/ensino/graduacao/cejurps/cursos/direito/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/lists/artigos/attachments/107/arquivo_107.pdf>. Acesso em: 25 maio 2016.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando em conta o estudo realizado, foi possível constatar a existência de duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais no que tange à modalidade de adoção *intuitu personae*, quais sejam: situações em que, uma vez já estabelecidos vínculos de afinidade e afetividade entre a criança e o guardião de fato não inscrito no Cadastro Nacional, deverá prevalecer o melhor interesse do menor, permitindo a inobservância do artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente; já consoante a segunda corrente, deverão preponderar os diplomas legais, prevalecendo, assim, a ordem cadastral dos adotantes. A partir da análise dessas duas correntes, a primeira apresenta-se como mais benéfica à crianças e aos adolescentes, prevalecendo o afeto sobre as formalidades elencadas na lei.

Assim, com base neste estudo, pode-se dizer que foi confirmada a hipótese traçada, qual seja, segundo as normas e os princípios basilares da Carta Magna de 1988, bem como à luz do que preconiza o ECA, não deve prevalecer a formalidade sobre o afeto, pois isso representaria um desrespeito ao direito constitucional da convivência familiar e ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, comprometendo, ainda, a sua proteção integral. Assim, deverão prevalecer as relações de afetividade entre a criança e o adolescente e o candidato à adoção, assegurando aos infantes verdadeiras vantagens para o seu desenvolvimento físico, educacional e emocional, sendo prioritária sua permanência no ambiente familiar já instituído, independentemente da inscrição no Cadastro Nacional de Adotantes.

Mesmo que esta não seja uma discussão que se encerra aqui, uma vez que toda pesquisa sempre implica limitações, objetivou-se, acima de tudo, trazer à baila essa modalidade de adoção, a qual vem ao encontro de um dos inegáveis valores na atualidade: o afeto como característica suprema da vontade de constituir família.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Júlio Alfredo de. **Adoção Intuitu Personae – Uma proposta de Agir**. Síntese da Monografia de Especialização em Direito Comunitário: Infância e Juventude, Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre, 2002. Disponível em <<http://www.mp.rs.gov.br>>. Acesso em: 25 maio 2016.

ALMEIDA, Kamila. Programa de acolhimento temporário é alternativa para crianças retiradas de família biológica. A proposta, estimulada pelo poder público para amenizar o sofrimento, ainda é envolta em incertezas, mas ganha força desde 2009. **Zero Hora**. Porto Alegre, 2014. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/06/programa-de-acolhimento-temporario-e-alternativa-para-criancas-retiradas-de-familia-biologica-4538676.html>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

ALVES, Graziella Ferreira. **Adoção no Brasil à Luz do Neoconstitucionalismo**. 2011. N° fls. 205. Dissertação Mestrado em Direito - Programa de Pós-Graduação em Direito Público, Universidade Federal de Uberlândia, UFU-MG, Uberlândia, 2011. Disponível em: <<http://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/1778/1/Ado%C3%A7%C3%A3oBrasilLuz.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

Anais do 2º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede. Universidade Federal de Santa Maria. jun./2013. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/6-4.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2016.

AVILA, Rossana Elvira Andrada de. **Política de adoção tardia**: dimensões sociais, culturais e jurídicas. 2011. N° fls. 102. Dissertação de Mestrado- Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas e Formação Humana, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ-RJ, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <http://www.bdtd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5678>. Acesso em: 28 mar. 2016.

BAPTISTA, Myriam Veras. (Coord.). **Abrigo**: comunidade de acolhida e socioeducação. São Paulo: Instituto Camargo Correa, 2006. Disponível em: <<http://www.neca.org.br/wp-content/uploads/abrigo-miolo.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2016

BRASIL. Ministério Público Federal. **Como é a vida de crianças e adolescentes nos abrigos?** Disponível em: <<http://www.turminha.mpf.mp.br/direitos-das-criancas/convivencia-familiar-e-comunitaria>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

_____. SENADO. Perfil das crianças disponíveis para adoção. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/emdiscussao/adocao/realidade.aspx>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo; ALDROVANDI, Andrea. Adoção no Brasil: aspectos evolutivos do instituto no direito de família. *Revista Juris*. Rio Grande, v. 15, 2010. p. 7-35. Disponível em: <<http://www.seer.furg.br/juris/article/view/3214/1872>>. Acesso em: 25 abril 2016

COÊLHO, Bruna Fernandes. Adoção intuitu personae sob a égide da Lei nº 12.010/09. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9265>. Acesso em 24 maio 2016.

CONANDA; CNAS. **ORIENTAÇÕES TÉCNICAS PARA OS SERVIÇOS DE ACOLHIMENTO PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES**. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/cnas/noticias/cnas-e-conanda-orientacoes-tecnicas-servicos-de-acolhimento-para-criancas-e-adolescentes-1>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

DANTAS, Luísa Maria Silva. **“Criando Parentesco?”** Um estudo sobre o “Apadrinhamento Afetivo” em Porto Alegre/RS. Nº fls. 146. Dissertação de Mestrado- Programa de Pós Graduação em Antropologia Social, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS-RG, Rio Grande do Sul, 2011. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/33329/000789472.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

DIAS, Maria Berenice. Adoção e a espera do amor. Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/uploads/1_-_ado%20e_a_espera_do_amor.pdf>. Acesso em: 25 maio 2016.

_____. **Esvaziar os abrigos ou esvaziar a adoção**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_>. Acesso em: 5 maio 2016.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **O lar que não chegou**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_o_lar_que_n%20chegou.pdf>. Acesso em: 10 maio 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRANDO, Viviane Thais; ARAÚJO, Ariane Pradi e Lopes Braga de. Adoção intuitu personae e a observância do cadastro de adoção. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.1, p. 1852-1871, 1º Trimestre de 2013. Disponível em: <http://www.univali.br/ensino/graduacao/cejurps/cursos/direito/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/lists/artigos/attachments/107/arquivo_107.pdf>. Acesso em: 25 maio 2016.

KUSANO, Suely Mitie. **Adoção de Menores: Intuitu Personae**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 151.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed., de acordo com a Emenda Constitucional 66/2010 (Divórcio). São Paulo: Saraiva, 2011.

LUIZ, Jackson; FIGUEIREDO, Claudia Regina Althoff. A doutrina da proteção integral e a eficácia da lei 12.010/09 no município de Camboriú/SC. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.3, p. 458-477, 3º Trimestre de 2013. Disponível em: <<http://www.univali.br/ensino/graduacao/cejurps/cursos/direito/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/901/jackson-e-claudia.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2016.

MACHADO, Vanessa Rombola. A atual política de acolhimento institucional à luz do estatuto da criança e do adolescente. **Serviço Social em Revista**. Londrina, v. 13, n.2, jan.-jun. de 2011. p. 143-169. Disponível em: <[file:///C:/Users/o112788/Downloads/10431-39605-1-PB%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/o112788/Downloads/10431-39605-1-PB%20(4).pdf)>. Acesso em: 28 mar. 2016.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. Revisada e atualizada conforme a Lei nº 12.010/2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MENDES, Moacyr Pereira. **A Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente Frente à Lei 8.069/90**. 2006. Nº fls. 186. Dissertação de Mestrado em Direito Programa de Pós-Graduação em Direito das Relações Sociais, Universidade Católica de São Paulo USP-SP, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cpo09234.pdf>>. Aceso em: 23 maio 2016.

NUNES, Joamar Gomes Vieira. **Ativismo Judicial e a Efetivação do Direito Fundamental à Proteção Integral no Estatuto Da Criança e do Adolescente**. 2012. Nº fls. 141. Dissertação de Mestrado em Direito Programa de Pós-Graduação em Direito Público, Universidade de UberlândiaUFU-MG, Uberlândia, 2012. Disponível em: <http://www.bdtu.ufu.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4719>. Acesso em: 23 maio 2016.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Carolina Sette. **“Família é a gente com quem se conta”**: o Programa Família Acolhedora ampliando a rede de pertencimento. Nº de fls. 188. Dissertação de Mestrado- Programa de Pós Graduação em Psicologia Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.bdtu.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5763>. Acesso em: 25 abr. 2016.

PENA JUNIOR, Moacir Cesar. **Direito das pessoas e das famílias – doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais Norteadores do Direito de Família**. Minas Gerais: Editora e Livraria Del Rey, 2009.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Direitos difusos e coletivos**: Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70065190431**. Relatora Sandra Brisolara Medeiros. Data do julgamento: 24 fev. 2016. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70065190431%26num_processo%3D70065190431%26codEmenta%3D6656129+70065190431+++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70065190431&comarca=Comarca%2ode%20Canoas&dtJulg=24/02/2016&relator=Sandra%20Brisolara%20Medeiros&aba=juris. Acesso em: 10 maio 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70066269267**. Relator Luiz Felipe Brasil Santos. Data do julgamento: 10 dez. 2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70066269267%26num_processo%3D70066269267%26codEmenta%3D6595548+70066269267++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70066269267&comarca=Comarca%2ode%20Porto%20Alegre&dtJulg=10/12/2015&relator=Luiz%20Felipe%20Brasil%20Santos&aba=juris>. Acesso em: 25 maio 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70065514135**. Relatora Sandra Brisolara Medeiros. Data do julgamento: 24 fev. 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70065514135%26num_processo%3D70065514135%26codEmenta%3D6655413+70065514135++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70065514135&comarca=Comarca%2ode%20Santa%20Maria&dtJulg=24/02/2016&relator=Sandra%20Brisolara%20Medeiros&aba=juris>. Acesso em: 25 maio 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento Nº 70051510543**. Relator Rui Portanova. Data do julgamento: 13 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70051510543%26num_processo%3D70051510543%26codEmenta%3D5056099+70051510543++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70051510543&comarca=Comarca%2ode%20Pelotas&dtJulg=13/12/2012&relator=Rui%20Portanova&aba=juris>. Acesso em: 25 maio 2016.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2013.

SANTOS, Eliane Araque dos. Criança e adolescente - sujeitos de direitos. **Revista Inclusão Social**. Brasília, v. 2, n. 1, p. 130-134, out. 2006/mar. 2007. Disponível em: <<http://revista.ibict.br/inclusao/index.php/inclusao/article/viewFile/56/78>>. Acesso em: 22 maio 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Enid Rocha Andrade da. (Coord.). **O direito à convivência familiar e comunitária**: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada- IPEA, 2004, p. 191. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=5481>. Acesso em: 25 abr. 2016.

SOUZA, Rodrigo Faria. Adoção dirigida (vantagens e desvantagens). **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, 2009. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_184.pdf>. Acesso em: 10 maio 2016.

a função social dos contratos perante o código de defesa do consumidor

Roberto Kuwer Fernandes

Graduado em Direito pela Universidade FEEVALE.
Empresário. E-mail: r.k.fernandes@ibest.com.br.

Pedro Ernesto Neubarth Jung

Mestrando em Direito pela UNISINOS.
Atualmente é pesquisador, na mesma instituição
e na Universidade FEEVALE. Tem experiência na
área de Direito, com ênfase em Direito Público.
Advogado. E-mail: pedroneubarth@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva explicar a Função Social dos Contratos perante o Código de Defesa do Consumidor, a escolha deste tema foi determinada em função reflexa das mudanças que a sociedade sofre fazendo com que o direito também mude as relações contratuais de maneira substancial.

A crescente complexibilidade da vida econômica exigiu a elaboração de novos instrumentos jurídicos, quais sejam: os empresários buscam uma maior segurança para desenvolver suas atividades, sendo os riscos previamente calculados e os contratos cada vez mais específicos e detalhados; já o Estado busca resultados através da interferência no subsistema econômico.

Desta forma, é objeto de busca do presente artigo a apreciação em termos sumários, injunções metodológicas, impondo breves considerações introdutórias sobre as diversas acepções, formação histórica e conceitual da categoria, acompanhada de ligeira referência a seus pressupostos ideológicos, e à composição do seu recheio.

Assim sendo, no decorrer do artigo serão abordadas as relações sociais dos contratos em face do Código de Defesa do Consumidor, Código Civil Brasileiro e Constituição Federal, tendo em vista as divergências entre doutrinadores a respeito do tema.

1 CARACTERÍSTICAS GERAIS DOS CONTRATOS FRENTE AO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL

Acredita-se que o Princípio da Função Social dos Contratos já se fazia presente no século XVIII, onde juristas acreditavam que a júbilo de um interesse particular denotava a busca pelo bem pessoal, e que o somatório de tais interesses resultava no interesse comum da sociedade como um todo.

Entende-se, inclusive, que o interesse individual, a época, passou a ser o valor supremo, apenas admitindo-se limites negativos gerais de ordem pública e bons costumes, não cabendo ao Estado e ao Direito, considerações de justiça social.

A Teoria Clássica dos Contratos prevê a igualdade formal entre as partes e a liberdade de contratar, como consequência dos ideais de Igualdade e de Fraternidade da Revolução Francesa. Mas esta teoria não se mostrava satisfatória e, com o decorrer do tempo, o Estado passou a atuar de forma intervencionista nas relações negociais, sendo que, no Brasil, o intervencionista nas relações negociais, sendo que, no Brasil, o intervencionismo estatal

é enfatizado na Constituição Federal, promulgada em 1988. Com essa intervenção pública nas relações negociais o contrato, que visa criar, regular, modificar ou extinguir relações jurídicas, possuem como elementos as partes, o objeto e o consenso entre contratantes, ou seja, entre as pessoas.¹

Com isto, se instalou um novo entendimento jurídico, que se afastaria de antigos padrões jurídicos classistas, voltando-se para modificações históricas sensíveis, transformando-se em uma nova visão sobre os contratos privados, com a criação de mecanismos intervencionistas nas relações privadas.

Da conjunção dos fatores, Função do Estado por meio dos Iluministas, Construção Teórica das Origens e Fortalecimento Econômico da Burguesia, culminou-se a Revolução Francesa que pretendia alcançar a igualdade entre os homens e a sujeição do Estado a um ordenamento jurídico que lhe conferisse limites, bem como, a consequente queda do até então modelo absolutista vigente.²

Após a Segunda Grande Guerra os sistemas judiciais mundiais passaram a entender que o direito particular do indivíduo precisaria denotar uma função social. Desta forma, a função social foi inserida no bojo do direito de propriedade, passando a regular os contratos privados, para que o mesmo viesse a atender o interesse coletivo.³

1.1 CONCEITO DE CONTRATOS

A terminologia “contrato” vem do latim “*contractu*”, que significa “trato com”. Assim denota-se o acordo de vontade dos indivíduos que visam alterar ou abolir um Direito. Neste entendimento tem-se que o contrato é um pacto entre duas ou mais pessoas acerca do mesmo objeto.⁴

Sempre, pois, que o negócio jurídico resultar de um mútuo consenso, de um encontro de duas vontades, estará diante de um contrato. Essa constatação conduz à ilação de que o contrato não se restringe ao direito das obrigações, estendendo-se a outros ramos do Direito Privado e também ao Direito Público,

¹ SANDRI, Jussara Schimitt. **Função Social do Contrato, conceito, natureza jurídica e fundamentos**. In: Revista de Direito Público: Londrina. vol. 6. n. 2. 2011, p. 122. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/8721>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

² SETTI, Maria Estela Leite Gomes. **O Princípio da Função Social do Contrato: conteúdo, alcance e análise econômica do direito**: In: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI: Fortaleza. 2010, p. 417. Disponível em: <<http://www.unicuritiba.com.br>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

³ FARIAS, Cristiano Chaves de; RONSENVALD, Nelson. **Direito Civil: direito das obrigações. Lúmem Juris**: Rio de Janeiro. 3. ed. 2009, p. 30.

⁴ MIRANDA, Maria Bernadete. **Teoria Geral dos Contratos**. In: Revista Virtual Direito Brasil: São Paulo. vol. 2. n. 2. 2008. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/index_arquivos/Page1057.htm>. Acesso em: 18 ago. 2016.

bem como, a toda espécie de convenção. Em sentido estrito, todavia, o conceito de contrato restringe-se aos pactos que criem, modifiquem ou extingam relações patrimoniais.⁵

Ainda, quanto a sua classificação, os contratos podem ser: bilaterais e unilaterais; onerosos e gratuitos; comutativos e aleatórios; consensuais ou reais; nominados e inominados; solenes e não solenes; principais e acessórios; paritários e por adesão.

Nesse sentido, é importante seguir três preceitos basilares: a manifestação voluntária de vontades, onde as partes tenham liberdade em contratar; a supremacia da ordem pública, onde todo contrato deve observar a sua função social; e, por fim, a obrigatoriedade que insinua que o contrato faz lei entre as partes. Para reforçar estes preceitos, Maria Bernadete Miranda aduz que “a validade do contrato exige acordo de vontades, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei⁶”.

Sendo assim, no que diz respeito a matéria contrato, esta vem prevista legalmente no diploma civil, mais especificadamente nos Arts. 1.079 a 1.504.

1.2 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS CONTRATOS E DA SUA FUNÇÃO SOCIAL

Conforme alguns historiadores a concepção de contrato deve ter surgido juntamente com a humanidade, quando o homem passou a viver em sociedade. Desta forma, discorrer a respeito de sua evolução histórica é um trabalho árduo, entretanto, deveras relevante ao sistema jurídico contemporâneo e, também, ao sistema social.

Sendo assim, o Direito dos Contratos iniciou-se em meados do século XIX, fornecendo meios simples e seguros, à época, de dar eficácia jurídica a todas as combinações de interesses; aumentando e eliminando quase que por completo o seu formalismo, seus coeficiente de segurança e suas transações; abrindo espaço na lei da oferta e da procura, levando às restrições legais a liberdade de estipular; deixando de proteger os socialmente mais fracos e majorando as oportunidades aos mais fortes, que emergiam de todas as camadas sociais.⁷

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. Saraiva: São Paulo. 10. ed. vol. 3. 2013, p. 22 e 23.

⁶ MIRANDA, Maria Bernadete. **Teoria Geral dos Contratos**. In: Revista Virtual Direito Brasil: São Paulo. vol. 2. n. 2. 2008, p. 02. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/index_arquivos/Page1057.htm>. Acesso em: 18 ago. 2016.

⁷ TEPENDINO, Gustavo. **Obrigações e Contratos: contratos, princípios e limites**. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2011, p. 34.

Deste modo, o percebe-se em relação à origem dos contratos que esta se encontra vinculada a do próprio ser humano, através do intuito de tornar os negócios mais pacíficos, juntamente com a convivência entre homens. Na antiga Mesopotâmia, tal situação já podia ser vista, através das primeiras leis conhecidas a cerca de contratos:

As Leis de Eshnunna, promulgadas provavelmente entre os anos de 1825 e 1787 A.C., já dispunham sobre a compra e venda, arrendamento e empréstimo a juros. O Código de Hamurabi, elaborado anos mais tarde no Império Babilônico, provavelmente em 1758 A.C. Há três diferentes formas de datação pelos historiadores especializados: a cronologia longa, a curta e a média. "Assim a cronologia longa data o reinado de Hammurabi entre os anos 1848 – 1806 A.C.; a cronologia média entre 1792 – 1750 A.C.; e a curta entre 1728 – 1686 A.C."⁸

Consequentemente, o Direito Romano Clássico adotara rigorosamente o formalismo e deixou de ser visto como meio regulador de qualquer operação econômica, passando a gerir operação previamente formulada que deveriam ser seguidas aonde essa operação tivesse a Proteção Estatal, uma vez que o mero acordo de vontades já não era mais suficiente para criar as obrigações.⁹

Décadas depois, no Direito Medieval, os contratos sofreram forte influência do Direito Canônico, Romano e Germânico, apresentando parte do formalismo do Direito Romano, acrescido de juras com motivos religiosos para dar força ao termo.¹⁰

No Código Napoleônico, de 1804, a então conhecida liberdade de contratar detém predicados meramente capitalistas, onde há a predominância da autonomia da vontade, podendo os sujeitos contratantes acordar de forma livre e igual às cláusulas contratuais. Assim, no que tange ao princípio da obrigação contratual tem-se a mitigação da autonomia da vontade, permanecendo o dever de cumprir as obrigações decorrentes do contrato, com intuito de atingir objetivos comuns. Desta forma, a liberdade de contrato está de certa maneira atrelada ao interesse social.¹¹

Destarte, no contexto do direito contratual, a principal ideia traçada era a da liberdade de contratar onde o sujeito era livre para escolher contratar ou não contratar, escolher o seu parceiro contratual, além de estabelecer o conteúdo desse contrato.

⁸ BOUZON, Emanuel. *Uma coleção de Direito Babilônico Pré-Hammurabiano*: Leis do Reino de Eshnunna. Vozes: Petrópolis. 2001, p. 12.

⁹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil*: atualidades II. Del Rey: Belo Horizonte. 2007.

¹⁰ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Almedina: Coimbra. 2009, p. 38.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Saraiva: São Paulo. 2009, p. 03.

A ideia de justiça contratual substancial era rechaçada. O contrato era fruto da vontade das partes que eram iguais e estabelecia por essa mesma vontade o conteúdo desse contrato. Neste sistema, fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para a questão intrínseca igualdade, da justiça substancial das operações econômicas (SIC) de vez em quando realizadas sob a forma contratual. Considerava-se e afirmava-se, de facto, que a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo fato de o conteúdo deste corresponder à vontade livre dos contraentes, que, espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com os seus interesses, e, sobretudo o determinavam num plano de recíproca igualdade jurídica.

Nesta igualdade de posições jurídico-formais entre os contraentes consistia a garantia de que as trocas, não viciadas na origem pela presença de disparidades nos poderes, nas prerrogativas, nas capacidades legais atribuídas a cada um deles, respeitavam plenamente os cânones da justiça comutativa.¹²

Georges Ripert, afirma neste sentido que “o contrato é lei entre as partes, mas uma lei com força maior que todas as outras leis, já que, depois de formado com regularidade, nem mesmo as outras normas podem atingi-lo¹³”.

Liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram, portanto os pilares, sobre os quais se formavam a asserção peremptória, segundo a qual dizer “*contractual*”, (SIC), equivalem a dizer “justo” (*qui dit contractual dit juste*).

Enzo Roppo, deste modo, categoriza de forma mais abstrata e geral o contrato, afirmando com mais vigor o mito da vontade inviolável e da igualdade das pessoas perante a lei. Ou seja, com a criação dessa figura – negócio jurídico – a proibição da intervenção estatal na liberdade e vontade individual, não se daria somente nos contratos ou na propriedade, mas em qualquer negócio jurídico, ou seja, nas relações estabelecidas pelas vontades livres destinadas a produzirem efeitos jurídicos.¹⁴

Neste diapasão tem-se o seguinte entendimento, a “Função Social do Contrato é um principio Moderno que vem a se agregar aos Classicos do Contrato, que são os da autonomia da vontade, da força obrigatória, da intangibilidade do seu conteúdo e da relatividade dos seus efeitos¹⁵”.

Conforme Cláudia Lima Marques, o modelo social de contratos se preocupa mais com os efeitos oriundos deste do que com o momento da manifestação de vontade (acordo de vontade). Em contraponto, o modelo liberal de contrato se preocupa mais com o momento da manifestação da vontade do que com os

¹² ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Almedina: Coimbra. 2009, p. 35.

¹³ RIPERT, Georges. *A Regra Moral nas Obrigações civis*. Bookseller: São Paulo. 2000, p. 320.

¹⁴ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Almedina: Coimbra. 2009, p. 36.

¹⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: contratos*. Forense: Rio de Janeiro. 2008, p. 15.

seus efeitos. Assim, no modelo social de contrato, a liberdade das partes em regularem os efeitos dos contratos é limitada pela própria lei, em função de um interesse social.¹⁶

Esse fato histórico que contribuiu para a alteração da teoria contratual até então existente e que no século XX modifica novamente baseando-se nas próprias ideias desenvolvidas na modernidade. O resultado dessa modificação é que o contrato passou a ser um instrumento de poder e de opressão. O Estado passa a ter que intervir nos contratos para que a própria lógica do capitalismo não fosse frustrada.

Para Cláudia Lima Marques, o Modelo Social de Contratos se preocupa mais com os efeitos oriundos deste do que com o momento da manifestação de vontade. Em contraponto, no Modelo Liberal de Contratos se preocupa mais com o momento da manifestação da vontade do que com seus efeitos. Assim, no Modelo Social de Contrato, a liberdade das partes de regularem os efeitos dos contratos é limitada pela própria lei, em função de um interesse Social.

[...] mas o espaço reservado para que os particulares autorregulem suas relações será reduzido por normas imperativas, como as do próprio Código de Defesa do Consumidor. É uma nova concepção de contrato no Estado Social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social.¹⁷

Conforme Enzo Roppo observa-se que o contrato, ou qualquer instituto jurídico, possui conceito que muda ao longo do tempo. Assim, a cada momento ele se revelará em conformidade com a vivência de certa sociedade em determinado espaço de tempo, não havendo um só modelo ou o modelo correto de contrato, assim:

Sabemos que qualquer instituto jurídico, longe de ser governado por leis absolutas, está sujeito a um princípio de relatividade histórica: postular uma essência do contrato (e encontrá-la, em concreto, no exercício incondicionadamente livre da vontade individual e dos impulsos subjetivos das partes) significa destacar, de modo arbitrário, uma fase historicamente condicionada e circunscrita da evolução do instituto contratual (admitindo—o que é duvidoso que também aquela fase tenha correspondido perfeitamente à pureza do modelo). Mas isto é ideologia: a verdade é que não existe uma essência histórica do contrato; existe sim o contrato, na variedade das suas formas históricas e das suas concretas transformações.¹⁸

¹⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo. 5. ed. ver., atual. e ampl. 2006, p. 208.

¹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo. 5. ed. ver., atual. e ampl. 2006, p. 211.

¹⁸ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Almedina: Coimbra. 2009, p. 347 e 348.

O contrato tem uma função social, sendo veículo de circulação de riqueza, centro da vida dos negócios e propulsor da expansão capitalista, assim sendo, a Evolução Histórica da Função Social dos Contratos, exposta acima, pode se afirmar que, no Brasil, com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ficaram assentadas as bases para o Estado Democrático de Direito.

Entretanto, conforme se tentou demonstrar no âmbito do Direito Contratual, estão presas as amarras do Estado Social. Assim sendo, um novo modelo de contrato, ou seja, o Modelo Democrático de Contrato deve ser buscado.

2 DA LEGISLAÇÃO PERTINENTE AO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

Num primeiro momento, pode-se dizer que o uso do contrato não é um privilégio exclusivo das recentes sociedades, mas sua construção e avanço no meio social encontraram raízes na antiga civilização romana. Vale destacar que, com o desenvolvimento histórico as alterações ocorridas na conjuntura social, fez com que o Estado passasse a intervir mais nas relações privadas.

Para Gagliano e Pamplona Filho, o contrato sempre acompanhou as mudanças de matizes da propriedade, visto que foram os principais meios de circulação de riquezas e desenvolvimento. Assim, a partir do momento em que se passou a exigir que a propriedade cumprisse uma função social, esse fenômeno seria percebido e incorporado ao contrato.¹⁹

Destaca-se, ainda, que com o desenvolvimento histórico as alterações ocorridas na conjuntura social, fizeram com que o Estado passasse a intervir mais nas relações privadas. Passara-se então a haver um intervencionismo cada vez maior por parte do Estado nas relações contratuais, que deixa conceitos como o individualismo e o voluntarismo, símbolos do liberalismo decadente do século XIX, de lado, e passa a ter preocupações de ordem social, com a imposição de um novo paradigma, o princípio da boa-fé objetiva e a busca do Estado Social.²⁰

Pacificamente entende-se doutrinariamente que o contrato precisa ser analisado de maneira sistemática, observando-se os preceitos trazidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que elenca a função social dos contratos, especificadamente, em seu Art. 5º, incisos XXII e XXIII. Desta

¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil, volume IV: contratos, tomo 1: teoria geral*. Saraiva: São Paulo. 4. ed. 2008, p. 45.

²⁰ ROTTA, Mariza; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. *O pacta sunt servanda: cláusula rebus sic stantibus e o equilíbrio das relações contratuais na atualidade*. In: Revista Jurídica Cesumar - Mestrado: Londrina. vol. 8. n. 1. 2008, p. 193 a 218. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/729>>. Acesso em: 14 set. 2016.

forma, a função social do contrato “deve ser analisada de acordo com sua aplicabilidade na esfera jurídica, na medida em que o contrato passa a ter uma aplicação voltada ao social, viabilizando a igualdade das partes e o equilíbrio contratual²¹”.

2.1 NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

No conceito de Justiça Social, as partes não podem mais exercer os seus interesses contratuais livremente, sendo que o conteúdo do contrato deve refletir as exigências da nova ordem, cabendo ao Estado disciplinar e corrigir as vontades das partes para buscar o interesse coletivo, pois “muitas são as normas da ordem pública que se inserem na economia jurídica do contrato²²”.

Cumprindo observar que o citado Princípio da Função Social dos Contratos está elencado no Código Civil Brasileiro de 2002, Art. 421, cujo enunciado preceitua: a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da Função Social do Contrato.

O Código Civil Brasileiro de 2002 procurou afastar-se das concepções individualistas que nortearam o diploma anterior para seguir orientação compatível com a socialização do direito contemporâneo. O princípio da sociabilidade por ele adotado repete a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana.²³

Em relação a alguns juristas, existe o temor de que este Art. 421, do Código Civil Brasileiro de 2002, possa afastar o princípio da autonomia da vontade e da liberdade contratual ensejando uma excessiva intervenção estatal nos contratos e ameaçando a segurança jurídica das relações privadas.

A Função Social no Código Civil Brasileiro de 2002 constitui assim um princípio moderno a ser observado pelo intérprete na aplicação dos contratos. Alia-se aos princípios tradicionais, como os da autonomia da vontade e da obrigatoriedade, muitas vezes impedindo que estes prevaleçam.²⁴

Nas palavras de Arnoldo Wald:

²¹ SANDRI, Jussara Schimitt. *Função Social do Contrato, conceito, natureza jurídica e fundamentos*. In: Revista de Direito Público: Londrina. vol. 6. n. 2. 2011, p. 123. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/8721>>. Acesso em: 14 set. 2016.

²² MOURA, Mário Aguiar. *Função Social do Contrato*. In: Revista dos Tribunais: São Paulo. vol. 630. 2013, p. 247 a 249. Disponível em: <<http://>>. Acesso em: 16 set. 2016.

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais*. Saraiva: São Paulo. 10. ed. vol. 3. 2013, p. 24.

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais*. Saraiva: São Paulo. 10. ed. vol. 3. 2013, p. 25.

O contrato não deixou de exercer a sua função econômica, constituindo um reflexo patrimonial da liberdade individual constitucionalmente garantida. Apenas acrescentou-se-lhe a função social, de modo a evitar que houvesse uma atividade contrária ao interesse da sociedade, que passou, assim, a constituir um verdadeiro abuso de direito ou um desvio de poder, já condenados de modo implícito na legislação anterior.²⁵

Com isto, a interpretação literal da norma contida no citado artigo poderá conduzir à conclusão de que, para o contrato ser válido, há de atender alguma finalidade social, uma vez que a liberdade de contratar será exercida em razão da sua função social.

Ao analisar-se o Art. 421, do Código Civil Brasileiro de 2002, que trata da Função Social do Contrato, Nelson Nery Junior menciona as diretrizes adotadas pelo Código no tocante à disciplina a ser estabelecida para o seu exercício citando três cláusulas gerais constantes neste dispositivo que são: a) autonomia privada (liberdade de contratar); b) respeito à ordem pública; c) função social do contrato.²⁶

O autor enfatiza, ainda que a norma constante no Art. 421 é de ordem pública, como cláusula limitadora da liberdade individual, impondo-se a sua aplicação, a partir do próprio Código.

Neste sentido, pode-se dizer que a Função Social do Contrato, neste caso, é vertical e exógena, porque a palavra “função”, significa utilidade, uso ou serventia. Já o “social”, é aquilo que interessa a sociedade, logo, revela em grande parte o conteúdo do princípio; “os contratos devem ter conteúdo em consonância com os interesses elementares”.

Importante também salientar que ao celebrar um contrato, as partes devem manter um padrão de comportamento, marcado pela lealdade, honestidade e cooperação, de modo que um não lese a legítima confiança depositada pelo outro.

Esse modelo de conduta é a boa-fé objetiva, celebrada no Art. 422, do Código Civil Brasileiro de 2002, que aduz que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Quando um contratante, muitas vezes não tem a intenção de agir de má-fé, lesando os legítimos interesses do outro, e seu comportamento violar esse padrão de ética e lealdade, o princípio da boa-fé objetiva poderá, portanto, ser invocado pela parte prejudicada.

Sob uma ótica civil-constitucional, a função social do contrato é uma derivação dos princípios que norteiam a ordem econômica, especialmente a função social da propriedade.

²⁵ WALD, Arnoldo. **A dupla função econômica e social do contrato**. In: Revista Trimestral de Direito Civil: Rio de Janeiro. vol. 21. 2004, p. 118. Disponível em: <http://>. Acesso em: 16 set. 2016.

²⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e legislação Extravagante Anotados**. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2002, p. 180.

Assim, para Guilherme Calmon de Nogueira da Gama, "a propriedade é o aspecto estático da atividade econômica, enquanto o contrato é seu segmento dinâmico. Assim, a função social da propriedade afeta necessariamente o contrato, como instrumento que a faz circular²⁷".

Ainda sobre a função social do contrato, deve ser colocada no pórtico da disciplina contratual que a cláusula geral da função social do contrato é multifuncional, por isto inserindo-se, consoante a tipologia acima indicada, em dupla categoria, a saber, a das cláusulas gerais de tipo restritivo e as de tipo regulativo. Esse ponto deve ser bem marcado, porque seria intolerável empobrecimento confina-la apenas a função de restringir, em certos casos, e para certos efeitos, o princípio da liberdade contratual.²⁸

Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira, sobre a reforma do Direito Civil fala que o Direito dos Contratos alarga horizontes em dois sentidos: num primeiro plano, opera-se maior compreensão da necessidade de atentar para as desigualdades econômicas das partes contratantes, com reforço do princípio da equidade; num outro sentido, as exigências do comércio jurídico engendram a criação de novas modalidades contratuais. Numa palavra: o procedimento na área contratual avança nos dois setores: técnico e moral.²⁹

Assim, toda vez que o contrato inibe o movimento natural do comércio jurídico, prejudicando os demais integrantes da coletividade na obtenção dos bens da vida, descumpra a sua função social.³⁰

Assim sendo, conclui-se que o desequilíbrio, a ausência da boa-fé e equidade, a vantagem exagerada para um dos contraentes e o prejuízo acentuado para o outro, mesmo nas relações entre particulares, não podem mais serem aceitos por um contrato que é regulado pelo Código Civil Brasileiro de 2002.

²⁷ GAMA, Guilherme Calmon de Nogueira da. *Função Social no Direito Civil*. Atlas: São Paulo. 2007, p. 79.

²⁸ COSTA, Judith Martins. *Obrigações e Contratos: obrigações: estrutura e dogmática*. In: TEPENDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *O Direito Privado como "Um Sistema em Construção" – As cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro (coleção doutrinas essenciais)*. Revista dos Tribunais: São Paulo. vol. 1. 2011, p. 217.

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais*. Saraiva: São Paulo. 10. ed. vol. 3. 2013, p. 28.

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais*. Saraiva: São Paulo. 10. ed. vol. 3. 2013, p. 29.

2.2 NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Para se falar em Função Social dos Contratos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, deve-se voltar um pouco no tempo, e consagrar a derrota, após 20 anos de Ditadura Militar (1964 – 1984), onde o povo iniciou o movimento das “Diretas Já”, objetivando com isto a eleição direta, através do voto popular, para Presidente da República. Este movimento democrático contribuiu para a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o princípio da Função Social do Contrato, passou a zelar em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, não admitindo mais um contrato realizado em bases individuais, sem uma concepção social. Neste sentido, podem-se abordar diferenças entre princípios e regras, como, também, breves considerações sobre a teoria clássica dos contratos frente à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Diante de tal função, a teoria geral dos contratos é regida por princípios que são necessários para o entendimento completo do direito contratual. Assim, a “interpretação da Constituição é dominada pela força dos princípios³¹”.

Princípios são, portanto, verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-se, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade.³²

Estes princípios são, assim, denominados, pela sua consagração na ideia privatista e individualista das relações contratuais, no qual cada indivíduo atuava livre e autonomamente para atingir seu objetivo, até o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Outro princípio que rege o direito contratual é o princípio da relatividade dos efeitos do contrato, que diz respeito à eficácia do contrato. Este princípio estabelece que os efeitos do contrato se produzam exclusivamente entre as partes contratantes, não possuindo eficácia *erga omnes*.³³

Logo, o princípio da função social do contrato é uma cláusula geral, com conteúdo aberto e vago, que visa a imposição de limites a liberdade de contratar a favor do bem comum, submergindo a noção individualista do contrato, consoante pode-se observar:

³¹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. Malheiros: São Paulo. 12. ed. 2007, p. 167.

³² BONAVIDE, Paulo. *Curso de direito constitucional*. Malheiros: São Paulo. 22. ed. 2008, p. 256.

³³ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Forense: Rio de Janeiro. 19. ed. 2008, p. 37.

São amplas, e logo imprecisas, as bases conceituais da função social do contrato, ora amarradas à quebra do individualismo, ora à cláusula geral de solidariedade, tendo em vista a igualdade substancial, a tutela da confiança dos interesses envolvidos e do equilíbrio das parcelas do contrato. [...] Mas os valores constitucionais e princípios infraconstitucionais privados, dos quais destaco a solidariedade e boa-fé objetiva, o segundo fundado no primeiro, se apresentam como âncora teórica segura para se descrever a função social do contrato.³⁴

Portanto, como cláusula geral, o princípio da função social é interpretado e aplicado pelo Juiz na solução do caso concreto, como se poder ver no julgado a seguir exposto:

Conclui-se que o contrato como função social deve contemplar os interesses da coletividade, e não apenas a vontade privada, por ser um fato social que gera repercussões sociais para os contratantes e terceiros.

A Função Social do Contrato, portanto, tem fundamento constitucional, no Art. 1º, e tem como embasamento legal entre outros a dignidade da pessoa humana e os valores sociais da livre iniciativa.

Entende-se doutrinariamente falando que o contrato precisa ser analisado de maneira sistemática, observando os preceitos trazidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que elenca a Função Social dos Contratos, especificadamente em seu Art. 5º, inciso XXII e XXIII.

Em relação ao inciso XXII, pode-se dizer que o Direito de Propriedade foi essencialmente a primeira geração dos Direitos Fundamentais, observados no Estado Liberal como Direitos Fundamentais quase absolutos e no Estado Social como Direitos Fundamentais com o sentimento de solidariedade.

Já quanto ao inciso XXIII, diz-se que a função social da propriedade é o condicionamento que limita o exercício do Direito de Propriedade de acordo com os valores obedecendo às seguintes regras: Da Propriedade Urbana – tem que seguir-se o Plano Diretor, lei municipal que traça o tamanho do solo urbano, conforme descreve o Art. 182, §2º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; Da Propriedade Rural – Exercida pelo Poder Público, conforme diretrizes fixadas em lei, a qual deve ser acrescida do suporte e validade jurídica do Art. 1.228, §1º, do Código Civil Brasileiro de 2002.

A função social dos contratos encontra, também, amparo legal na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no Art. 170. Enfim, o estudo propugnou conciliar com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, e o da livre iniciativa, servindo ao mesmo tempo como instrumento de circulação de riquezas e um instrumento realizador do ideal de Justiça Social, basicamente tutelando a pessoa humana, que é o valor supremo da nossa Lei Maior.

³⁴ NALIN, Paulo. *A função social do contrato no futuro do Código Civil Brasileiro*. In: Revista de Direito Privado: São Paulo. n. 12. 2002, p. 55 e 56. Disponível em: <http://>. Acesso em: 16 set. 2016.

2.3 NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DE 1990

No Código de Defesa do Consumidor de 1990, os princípios estão referidos no Art. 4º, do Código de Defesa do Consumidor de 1990, não especificadamente dos contratos, mas do sistema nacional das relações de consumo. Há certa imprecisão entre o que denomina princípios e diretrizes gerais contidas no mencionado artigo.

O princípio da equivalência material no Código de Defesa do Consumidor de 1990 recebeu denominações diversas e difusas, voltadas ao equilíbrio e a equidade, enquanto o novo Código Civil Brasileiro de 2002 apenas o introduziu explicitamente nos contratos de adesão. Esse princípio abrange o princípio da vulnerabilidade jurídica de uma das partes contratantes, que o Código de Defesa do Consumidor de 1990 destacou.³⁵

A lei pertinente às relações de consumo está elencada pela Lei nº 8.078/90 referente ao Código de Defesa do Consumidor de 1990 e não existem dúvidas acerca do seu acolhimento, tendo como pano de fundo a “Teoria da Base Objetiva do Negócio Jurídico”.

Tal teoria preceitua que, uma vez alterada a base negocial existente ao tempo da celebração do contrato, deve o mesmo ser revisto. Assim sendo, a revisão dos contratos que se tornarem excessivamente onerosa, em razão de fatos supervenientes, é direito básico do consumidor.

Tanto a doutrina, quanto a jurisprudência divergem quando o assunto é revisão de contratos, sendo que, a maioria defende o acolhimento da “Teoria da Imprevisão” e outros, por sua vez, afirmam ter o Código Civil Brasileiro de 2002 acolhido a “Teoria da Onerosidade Excessiva”, de origem italiana.³⁶

Conforme explica, João Batista de Almeida houve uma grande transformação a respeito da proteção contratual da parte mais fraca e hipossuficiente (consumidor), relatando as seguintes mudanças:

- a) A atenção do princípio da obrigatoriedade dos contratos, admitindo-se a modificação de cláusula que contenham prestações desproporcionais – artigo 6º, V, 1ª parte.
- b) O Código de Defesa do Consumidor, ao adotar a teoria da quebra da base do negócio, permitiu a revisão de cláusula em razão de fatos supervenientes que ocasionem onerosidade excessiva – artigo 6º, V, 2ª parte.
- c) A autonomia da vontade foi reduzida mediante a previsão de nulidade das cláusulas abusivas.

³⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Obrigações e Contratos: contratos: princípios e limites. In: TEPENDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *O Direito Privado como “Um Sistema em Construção” – As cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro (coleção doutrinas essenciais)*. Revista dos Tribunais: São Paulo. vol. 3. 2011, p. 835.

³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: tomo 1*. Forense: Rio de Janeiro. ed. 1. vol. 5. 2004, p. 245 e 246.

d) A garantia passou a ser regulada pela lei – artigo 24, do Código de Defesa do Consumidor.

e) A garantia contratual recebeu regulamentação adequada – artigo 50, do Código de Defesa do Consumidor, e tipificação penal – artigo 74, do Código de Defesa do Consumidor.³⁷

O Código de Defesa do Consumidor de 1990 antecipou no tempo aquilo que hoje está positivado no novo Código Civil Brasileiro de 2002, ao estabelecer que a liberdade de contratar seja exercida em razão e nos limites da função social do contrato³⁸, Art. 421, do Código Civil Brasileiro de 2002.

Importante também identificar esta relação de consumo entre Consumidor e Fornecedor, assim conceituados por Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes, que expõem:

Relação jurídica de consumo é o vínculo que se estabelece entre um consumidor, destinatário final, e antes a ele equiparados, em um fornecedor profissional, decorrente de um ato de consumo ou como reflexo de um acidente de consumo, a qual sofre a incidência da norma jurídica específica (CDC), como o objetivo de harmonizar as interações naturalmente desiguais da sociedade moderna de massa.³⁹

Diz-se ainda que, a vulnerabilidade é outro elemento inerente a relação de consumo, de maneira que, o amparo das normas só alcança determinados grupos em desigualdade flagrante. Sobre isto fala José Geraldo Brito Filomeno que:

No âmbito da tutela especial do consumidor, efetivamente, é ele, o consumidor, sem dúvida, a parte mais fraca, vulnerável, se tiver em conta, que os detentores dos meios de produção, é que detêm todo o controle do mercado, ou seja, sobre o que produzir, sem faltar-se na fixação das margens de lucro.⁴⁰

³⁷ ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. Saraiva: São Paulo. 2003, p. 109 e 110.

³⁸ SILVA, André Vicente Seifert. Obrigações e Contratos: contratos: formação e regime. In: TEPENDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **O Direito Privado como "Um Sistema em Construção" – As cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro (coleção doutrinas essenciais)**. Revista dos Tribunais: São Paulo. vol. 4. 2011, p. 1219.

³⁹ BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos atuais**. Livraria do Advogado: Porto Alegre. 1998, p. 63 e 64.

⁴⁰ A APLICAÇÃO do Conceito de Consumidor para as Pessoas Jurídicas e o Direito a Inversão do Ônus da Prova. [S.n.]: [S.l.]. [S.d.].

Como último ponto da relação de consumo tem-se a Responsabilidade Civil das relações, onde o microsistema consumerista estabeleceu em novo regime de responsabilidade civil, onde todo o acidente de consumo quer decorrente do fato do produto, Art. 12, do Código de Defesa do Consumidor de 1990, quer do fato do serviço, Art. 14, do Código de Defesa do Consumidor de 1990, passaram a ser regidos pela responsabilidade civil objetiva.

Isto significa dizer que a normativa da constituição, buscou tutelar de forma mais efetiva a parte mais frágil da relação de consumo dos riscos e desigualdades ensejadas pelas operações de massa. Assim, tratando desta matéria, discorre Sérgio Cavalieri Filho:

[...] 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. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém 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.⁴¹

Neste sentido não há mais discussão acerca da existência da conduta culposa no caso de acidentes de consumo, nos vícios do produto e do serviços, Arts. 18 e 20, do Código de Defesa do Consumidor de 1990.

Assim, pode-se dizer que o Código de Defesa do Consumidor de 1990 regula as relações entre fornecedores e consumidores, presenciando uma relação contratual envolvendo um objeto de consumo, qual seja um serviço ou um produto, havendo a disparidade entre as partes, caracterizada pela vulnerabilidade do consumidor (este tido como destinatário final) perante a relação jurídica formalizada através da assinatura/anuência do contrato de consumo.⁴²

Importante salientar que o Código de Defesa do Consumidor de 1990, deve ser compreendido como uma lei de função social, com a intervenção do Estado Social, com a difícil missão de positivar noções valorativas orientadoras da sociedade, assegurando a efetivação dos Direitos Fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. Atlas: São Paulo. ed. 7. 2007, p. 459 e 460.

⁴² SILVA, André Vicente Seifert. *Obrigações e Contratos: contratos: formação e regime*. In: TEPENDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *O Direito Privado como "Um Sistema em Construção" – As cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro (coleção doutrinas essenciais)*. Revista dos Tribunais: São Paulo. vol. 4. 2011, p. 1229.

Conclui-se, assim, que, a consagração da responsabilidade civil, como regra na Lei nº 8.078/90, demonstrando a exigência da reparação integral de danos sofridos na relação de consumo.

3 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

Num primeiro momento, alguns comentários sobre o Código de Defesa do Consumidor de 1990 e a Função Social dos Contratos. No caso em tela, o Código de Defesa do Consumidor de 1990 está fundamentado na Lei nº 8.078/90 do Ordenamento Jurídico brasileiro, e a Função Social dos Contratos nos seus Arts. 46 e 47.

As relações de consumo são bilaterais, pressupondo numa ponta o fornecedor – que pode tomar a forma de fabricante, produtor, importador, comerciante e prestador de serviços –, aquele que se dispõe a fornecer bens e serviços a terceiros, e, na outra ponta, o consumidor, aquele subordinado às condições e aos interesses impostos pelo titular dos bens ou serviços, no atendimento de suas necessidades de consumo.⁴³

Vale destacar que a vitória mais importante nesse campo, fruto dos reclamos da sociedade e de ingente trabalho dos órgãos e entidades de defesa do consumidor, foi a inserção, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cirando quatros dispositivos específicos sobre o tema.

O Código de Defesa do Consumidor de 1990 retirou da legislação civil, bem como de outras áreas do direito, a regulamentação das atividades humanas relacionadas com o consumo, cirando uma série de princípios e regras em que se sobressai não mais a igualdade formal das partes, mas a vulnerabilidade do consumidor, que deve ser protegido.⁴⁴

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sem dúvida, foi relevante no fortalecimento que atribuiu ao Ministério Público, com instrumentos normativos o combate à corrupção, o crime organizado, além de defender os direitos humanos, o meio ambiente e os interesses diretos e difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Conforme Gustavo Tependino exhibe em sua obra:

⁴³ ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. Saraiva: São Paulo. ed. 7. 2009, p. 11.

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais*. Saraiva: São Paulo. 10. ed. vol. 3. 2013, p. 30.

Destaca-se o excepcional trabalho do Superior Tribunal de Justiça, que tem sido a sensibilidade de incorporar, em seus acórdãos, as construções doutrinárias que inspiraram o Código de Defesa do Consumidor e que o classificam, com interpretações ousadas e criativas.⁴⁵

O Código de defesa do Consumidor de 1990 considera o consumidor como a parte vulnerável nas relações de consumo, proporcionando um tratamento desigual para partes desiguais em perfeita harmonia com as garantias fundamentais do cidadão, viabilizando os princípios constitucionais da ordem econômica.

Vários temas são inovadores na lei consumista, destacando-se a responsabilidade objetiva pelo fato do produto ou do serviço, as práticas abusivas, a proteção contratual, além de novos instrumentos processuais permitindo a ação coletiva.

No dizer de Silvio de Salvo Venosa, ao analisar o âmbito da matéria:

Basicamente, há preocupação fundamental de se proteger os interesses econômicos dos consumidores, fornecerem aos consumidores informações adequadas para capacitá-los a fazer escolhas acertadas de acordo com as necessidades e desejos individuais, educar o consumidor, garantir a liberdade para formar grupos de consumidores e outros grupos e organizações de relevância e oportunidade para que estas organizações possam apresentar seus enfoques nos processos decisórios a elas referentes.⁴⁶

Importante salientar num primeiro momento, quanto ao Código de Defesa do Consumidor de 1990 que, em relação à publicidade, estabelece princípios como os da vinculação, da transparência, identificação, sobriedade e veracidade, estabelecendo, ainda, sanções de cunho administrativo, civil e penal para os casos de descumprimento da norma legal entre Consumidor e Fornecedor.

Num segundo momento a de se falar na Função Social do Contrato amparada no atual ordenamento jurídico, Art. 421 do Código Civil Brasileiro de 2002. Assim, segundo Paulo Luiz Netto Lôbo:

⁴⁵ TEPENDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*: tomo 2. Renovar: Rio de Janeiro. 2006, p. 352.

⁴⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*: teoria das obrigações e teoria dos contratos. Atlas: São Paulo. 2001, p. 334 e 335.

O princípio da função social determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Não pode haver conflito entre eles, pois os interesses sociais são prevaletentes. Qualquer contrato repercute no ambiente social, ao promover peculiar e determinado ordenamento de conduta a ao ampliar o tráfico jurídico.⁴⁷

Outro tema fundamental para a compreensão de incidência do Código de Defesa do Consumidor de 1990 refere-se a sua interação em relação às demais leis, notadamente em relação ao vigente Código Civil Brasileiro de 2002 e a Teoria do Diálogo das Fontes. Esta última foi desenvolvida na Alemanha e trazida ao Brasil pela notável Cláudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio grande do Sul que diz que “a essência da teoria é de que as normas jurídicas não se excluem – supostamente porque pertencentes a ramos jurídicos distintos –, mas se completam”.

No Brasil, a principal incidência da teoria se dá justamente na interação entre o Código de Defesa do Consumidor de 1990 e o Código Civil Brasileiro de 2002, em matérias como a responsabilidade civil e o Direito Contratual.⁴⁸

Conclui-se, que a mais importante mudança posterior à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no plano da legislação infraconstitucional, é devida ao Direito do Consumidor.

Não há dúvidas de que a Função Social dos Contratos constituiu uma festejada mudança que revolucionou o Direito Contratual brasileiro, trazendo uma nova concepção do instituto, de acordo com todas as tendências socializantes do Direito. As mudanças trazidas pelo novo princípio são inafastáveis e indeclináveis, o que também atinge aos contratos de consumo, como não poderia ser diferente.⁴⁹

Para Flávio Tartuce, o Código de Defesa do Consumidor de 1990 é uma lei de função social, conforme se percebe:

Como na sociedade, em especial quando esta lei, como o Código de Defesa do Consumidor, introduz um rol de direito [...]. No caso do Código de Defesa do Consumidor, esta lei de função social intervém de maneira imperativa em relações jurídicas de direito privado, antes dominadas pela idade de autonomia da vontade.⁵⁰

⁴⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios sociais dos contratos no CDC e no Novo Código Civil*. [S.n.]: Teresina. 2002, p. 01.

⁴⁸ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. Forense: Rio de Janeiro. Método: São Paulo. 2012, p. 14 e 15.

⁴⁹ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. Forense: Rio de Janeiro. Método: São Paulo. 2012, p. 237.

⁵⁰ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. Forense: Rio de Janeiro. Método: São Paulo. 2012, p. 43.

Por isso pergunta-se: que outra lei, além do Código de Defesa do Consumidor de 1990, trouxe tão significativos resultados sociais; que outra lei se aproximou tanto dos valores, princípios e normas constitucionais?

Podemos dizer com tranquilidade que: a legislação infraconstitucional que verdadeiramente promoveu as opções valorativas básicas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi o Código de Defesa do Consumidor de 1990.

3.1 OS PRINCÍPIOS GERAIS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor de 1990, conhecido e denominado pelas iniciais CDC, foi instituído pela Lei nº 8.078/90, constituindo uma típica norma de proteção de vulneráveis. Pode-se dizer, também, que o Código de Defesa do Consumidor de 1990 como norma principiológica pode estar enquadrado em cinco gerações ou dimensões de direitos, conforme segue quadro:

1ª Geração	Princípio da Liberdade
2ª Geração	Princípio da Igualdade
3ª Geração	Princípio da Fraternidade (pacificação social), que aqui melhor se enquadraria o Código de Defesa do Consumidor
4ª Geração	Proteção do Patrimônio Genético
5ª Geração	Proteção de Direito Digital

Quadro 1

Fonte: TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção⁵¹

⁵¹ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. Forense: Rio de Janeiro. Método: São Paulo. 2012, p. 09 e 10.

Os princípios gerais das relações de consumo encontram-se dispostos nos Arts. 1º ao 7º do Código de Defesa do Consumidor de 1990. São eles que informam o sistema do CDC. Portanto, é correto dizer que tais princípios estão espalhados por todo o texto da lei consumerista. É importante salientar que informam não só o Código de Defesa do Consumidor de 1990 como todo o sistema de proteção ao consumidor, sendo que as demais normas que visam tutelar o destinatário final de produtos ou serviços devem seguir os preceitos enunciados por tais princípios.

É indiscutível que cabe aos princípios guiar os juristas e demais operadores do direito na aplicação da lei. Mas não é só isso; os princípios do Código de Defesa do Consumidor de 1990 também têm como função fundamental orientar os fornecedores para colocar no mercado produtos e serviços que não firmem esses alicerces da legislação consumerista. Deve-se ressaltar que somente com a perfeita interpretação dos princípios atingir-se-á a finalidade da legislação.

Conforme lição de Luiz Antonio Rizzatto Nunes:

[...] os princípios exercem uma função importantíssima dentro do ordenamento jurídico-positivo, já que orientam, condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas em geral. Por serem normas qualificadas, os princípios dão coesão ao sistema jurídico, exercendo excepcional fator aglutinante.

Embora os princípios e as normas tenham a mesma estrutura lógica, aqueles têm maior pujança axiológica do que estas. São, pois, normas qualificadas, que ocupam posição de destaque no mundo jurídico, orientando e condicionando a aplicação de todas as demais normas.⁵²

As primeiras palavras sobre os Princípios Jurídicos, dizem que é interessante fazer a devida confrontação principiológica entre o Código de Defesa do Consumidor de 1990 e o Código Civil, porque muito dos conceitos codificados no Código Civil, encontram suas raízes na Lei nº 8.078/90. Por outro lado, o Código Civil, além de proteger o aderente contratual como parte mais fraca na relação, consagra muitos preceitos já previstos na lei protetiva, tais como a vedação do abuso de direito e da onerosidade excessiva, a valorização da boa-fé objetiva e da tutela da confiança, a responsabilidade objetiva fundada no risco, a proibição do enriquecimento sem causa, entre outros.⁵³

Os princípios fundamentais do Código de Defesa do Consumidor de 1990, introduzido pela Lei nº 8.078/90, que distinguem a legislação consumerista das demais, destacando a importância da proteção ao consumidor, são os seguintes: Princípio da Vulnerabilidade, Princípio da Boa-Fé, Princípio do Equilíbrio,

⁵² NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor: direito material*. Saraiva: São Paulo. 2000, p. 03 e 04.

⁵³ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. Forense: Rio de Janeiro. Método: São Paulo. 2012, p. 23 e 24.

Princípio da Transparência e Informação. Tais princípios são distintivos e denotam que o Código de Defesa do Consumidor de 1990, de fato, criou um microsistema de proteção ao destinatário final de produtos e serviços. É certo, porém, que subsistem muitos outros princípios constantes no texto da Lei nº 8.078/90.

O Princípio da Vulnerabilidade encontra-se elencado no Art. 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe a intenção do legislador em dotar o consumidor, em todas as situações, da condição de vulnerável na relação jurídica de consumo. De acordo com a realidade da sociedade de consumo, não há como afastar tal posição desfavorável, principalmente se forem levadas em conta as revoluções pelas quais passaram as relações jurídicas e comerciais nas últimas décadas.⁵⁴

Deste modo, portanto, comenta Carlos Alberto Bittar:

Essas desigualdades não encontram, nos sistemas jurídicos oriundos do liberalismo, resposta eficiente para a solução dos problemas que decorrem da crise de relacionamento e de lesionamentos vários que sofrem os consumidores, pois os Códigos se estruturam com base em uma noção de paridade entre as partes, de cunho abstrato.⁵⁵

A vulnerabilidade do Consumidor é a espinha dorsal da proteção ao consumidor, sobre a qual se assenta toda a linha filosófica do movimento. É indubitável que o Consumidor é a parte mais fraca das relações de consumo; apresenta sinais de fragilidade e impotência diante do poder econômico. Há reconhecimento universal no que tange a essa vulnerabilidade.⁵⁶

O Princípio da Boa-Fé, nas relações de consumo está estampado no Art. 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor de 1990, consoante prevê esses dispositivos, é de grande importância à observação do conceito de Boa-Fé, principalmente pela evolução sistemática de sua construção. Não se pode esquecer que o conceito de Boa-Fé contratual que consta no atual Código Civil de 2002, tem sua raiz na construção consumerista da Lei nº 8.078/90.

⁵⁴ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. Forense: Rio de Janeiro. Método: São Paulo. 2012, p. 28.

⁵⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do Consumidor**. Forense: Rio de Janeiro. ed. 5. 2002, p. 02.

⁵⁶ ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. Saraiva: São Paulo. ed. 7. 2009, p. 17.

A aplicação do princípio em análise pode ser verificada em vários exemplos, valendo ressaltar que é no direito das coisas que a boa-fé possuía maior importância, até bem pouco tempo atrás. Todavia, a conotação que ganhou hoje a boa-fé é bastante diferente daquela exigida nos direitos reais, já que nestes, a mesma se apresentava como uma visão subjetiva e, atualmente, principalmente em matéria de contratos, é em seu caráter objetivo que ela se apresenta.⁵⁷

Este princípio inscrito no *caput* do Art. 4º, do Código de Defesa do Consumidor de 1990 exige que as partes da relação de consumo atuem com estrita boa-fé, quer dizer, com sinceridade, seriedade, veracidade, lealdade e transparência, sem objetivos mal disfarçados de esperteza, lucro fácil e imposição de prejuízo ao outro.⁵⁸

Assim, na trajetória consumerista, o Princípio da Boa-Fé recebe três funções básicas que são:

A primeira, servir como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os denominados deveres anexos, que serão por nós oportunamente estudados (função criadora); A segunda, construir uma causa limitadora do exercício, antes ilícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos (função limitadora); A terceira, ser utilizada como concreção e interpretação dos contratos (função interpretadora).⁵⁹

Ainda, Paulo Brasil Dill Soares dispõe, também, que:

Como novo paradigma para as relações contratuais de consumo de nossa sociedade massificada, despersonalizada e cada vez mais complexa, propôs o diploma híbrido de consumo e revitalização dos princípios gerais do direito há muito conhecido e sempre presente desde o movimento do direito natural: o princípio geral da Boa-Fé.⁶⁰

O Princípio da Boa-Fé, tal como preconizado visa exatamente à harmonização das relações entre fornecedor e consumidor, de modo que este seja informado de todos os termos do contrato e da execução deste.

⁵⁷ TEPENDINO, Gustavo. *Obrigações e Contratos: contratos, princípios e limites*. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2011, p. 33.

⁵⁸ ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. Saraiva: São Paulo. ed. 7. 2009, p. 50.

⁵⁹ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. Forense: Rio de Janeiro. Método: São Paulo. 2012, p. 34 e 35.

⁶⁰ SOARES Paulo Brasil Dill. *Princípios básicos de defesa do consumidor: institutos de proteção ao hipossuficiente*. LED: Leme. 2001, p. 219.

O Princípio do Equilíbrio, igualmente denominado Princípio da Equidade e/ou Equivalência, faz parte, assim como o Princípio da Boa-Fé, nos Arts. 4º, inciso III e 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor de 1990.

É indiscutível que a relação de consumo apresenta um claro desequilíbrio, haja vista que o poder, técnico, econômico e jurídico, do fornecedor é visivelmente superior ao do consumidor, que muitas vezes sequer sabe identificar seus direitos e reivindicá-los. Sendo assim, o Código de Defesa do Consumidor de 1990 expressamente declara que tal relação negócio deve ser fundada no equilíbrio entre as partes, ou seja, deve haver paridade entre direitos e deveres contratuais.

Na preleção de Cláudia Lima Marques lemos, assim, que:

Assim, institui o Código de Defesa do Consumidor normas imperativas, as quais proíbem a utilização de qualquer cláusula abusiva, definidas como as que assegurem vantagens unilaterais ou exageradas para o fornecedor de bens e serviços, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade.⁶¹

Pelo Princípio do Equilíbrio, é garantida a igualdade de condições no momento da contratação ou de aperfeiçoamento da relação jurídico patrimonial. De acordo com a norma do Art. 6º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor de 1990, fica estabelecido o compromisso de tratamento igual a todos os consumidores, consagrada a igualdade nas contratações.⁶²

Já em um contexto circundado pelo Princípio da Equivalência, o Código de Defesa do Consumidor de 1990 veda que os destinatários finais sejam expostos a práticas desproporcionais, o que pode ser sentido nos Arts. 39 e 51, do respectivo dispositivo legal, para tanto tais cláusulas e práticas abusivas geradoras de nulidade absoluta e de responsabilidade civil, dependem do caso em concreto.⁶³

Depois disso, infere-se que o consumidor, de fato, é a parte frágil da relação de consumo, para se restabelecer então o equilíbrio entre os sujeitos de tal relação, o Código de Defesa do Consumidor de 1990 traz mecanismos de proteção o consumidor, educação ao respeito de seus direitos e fornece, também, instrumentos para se alcançar a igualdade e a harmonia na relação.

⁶¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo. 5. ed. ver., atual. e ampl. 2006, p. 741.

⁶² TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. Forense: Rio de Janeiro. Método: São Paulo. 2012, p. 47.

⁶³ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. Forense: Rio de Janeiro. Método: São Paulo. 2012, p. 48.

Numa consideração talvez utópica, poder-se-ia dizer que, uma vez alcançado este tão almejada paridade, ideal, o consumidor seria alçado à condição de igualdade em face do empresário, e, nesse relacionamento de maturidade e consciência, não haveria mais necessidade da tutela. Ele estaria emancipado: não seria hipossuficiente, nem vulnerável. Mas a realidade é bem outra. E, pelos parâmetros conhecidos no Brasil, como baixo nível educacional da população e a reduzida conscientização de ambas as partes, o consumidor brasileiro necessitará de tutela por muito tempo.⁶⁴

O Princípio da Equivalência material desenvolve-se em dois aspectos distintos: o subjetivo e o objetivo. O aspecto subjetivo leva em conta a identificação do poder contratual dominante das partes e a presunção legal de vulnerabilidade. O aspecto objetivo considera o real desequilíbrio de direitos e deveres contratuais que pode estar presente na celebração do contrato ou na eventual mudança do equilíbrio em virtude de circunstâncias supervenientes que levem a onerosidade excessiva para uma das partes.⁶⁵

Princípio da Transparência e Informação, esta elencado nos Arts. 4º, *caput* e inciso IV, e 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor de 1990, deste modo, a respeito deste Flávio Tartuce escreve que:

Alto poder de que desfruta a publicidade na sociedade atual em razão da expansão do seu mais importante veículo, a televisão (que impõe gostos, hábitos e costumes a todos), indistintamente, encontra no Código normas de equilíbrio necessárias e com medidas de defesa do consumidor suscetíveis de, em caso de violação, restaurar sua posição ou sancionar comportamentos lesivos.⁶⁶

O juízo central do dispositivo, para tanto, é como bem aponta Cláudia Lima Marques o de:

Possibilitar a aproximação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo.⁶⁷

⁶⁴ TEPENDINO, Gustavo. *Obrigações e Contratos: contratos, princípios e limites*. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2011, p. 836.

⁶⁵ ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. Saraiva: São Paulo. ed. 7. 2009, p. 35.

⁶⁶ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. Forense: Rio de Janeiro. Método: São Paulo. 2012, p. 37.

⁶⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo. 5. ed. ver., atual. e ampl. 2006, p. 594.

O Princípio da Informação, portanto, é um direito básico, e uma decorrência do Princípio da Transparência, devida para proteger o consumidor, no momento da aquisição dos produtos ou serviços, e ser orientado anteriormente à efetivação da compra, por meio das principais características do bem ou serviço ao ser adquirido, assim assumindo posição relevante para instrumentalizar sua defesa.⁶⁸⁶⁹

É indispensável citarmos, ainda, as palavras de Ricardo Luis Lorenzetti, que discorre muito bem sobre tal princípio, nos moldes em que segue:

Assinalou-se que o direito a informação é um pressuposto da participação democrática livre, porque a democracia pode se frustrar diante da ausência de participação, e, para participar, deve-se estar informado. A concepção do Direito Privado como controle difuso do poder justifica esta afirmação. Com esta finalidade de estabelecer uma norma de delimitação do poder e da participação, tem-se advertido duas fases sobre a informação, o direito à informação importa no direito de informar a de ser informado.⁷⁰

Enfim, pode se dizer que todos os princípios aqui analisados são decorrências naturais de apenas um princípio, qual seja, o Princípio do Protecionismo do Consumidor, que surgiu para amparar o vulnerável negocial na sociedade de consumo de massa. Como bem explica Luiz Antônio Rizzatto Nunes “o fato é que todas as normas instituídas no Código de Defesa do Consumidor têm como princípio e meta a proteção e a defesa do consumidor⁷¹”.

Sendo assim, o Princípio do Protecionismo do Consumidor está elencado no Art. 1º, do Código de Defesa do Consumidor, indo, para tanto, ao encontro do comando constitucional de proteção dos consumidores, o qual possui como fundamentados a ordem econômica nacional.⁷²

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tentando entender o trabalho desenvolvido, concluiu-se a respeito da Função Social dos Contratos perante o Código de Defesa do Consumidor que as mudanças historicamente ocorridas na sociedade, deflagraram certa intervenção do Estado nas relações entre particulares.

⁶⁸ ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. Saraiva: São Paulo. ed. 7. 2009, p. 48.

⁶⁹ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. Saraiva: São Paulo. 2005, p. 577.

⁷⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de Direito Privado*. Revista dos Tribunais: São Paulo. 1998, p. 511.

⁷¹ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor: direito material*. Saraiva: São Paulo. 2000, p. 94.

⁷² TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. Forense: Rio de Janeiro. Método: São Paulo. 2012, p. 27.

Importante salientar que a Constituição Federal foi marco fundamental para o Princípio da Função Social dos Contratos, ao lado de outros importantes princípios como o da Boa-Fé Objetiva, Equilíbrio e Vulnerabilidade Contratual, assim sendo, pode-se dizer que os contratos são regidos e orientados por princípios.

No que tange ao seu fundamento o Princípio da Função Social dos Contratos, elencado ao princípio da Solidariedade, do Valor Social, da Livre Iniciativa e do Equilíbrio Econômico entre as Partes, visa evitar uma onerosidade excessiva a qualquer uma das partes contratantes.

A positivação dos princípios é uma realidade e um deságio aos juristas, bem como, manejá-los sem se descuidar da segurança jurídica por mais benéficos e essenciais que sejam ao subsistema jurídico, sua flexibilidade proporciona vantagens previsíveis, onde os operadores do direito e os cidadãos tenham confiança acerca do resultado dos litígios em que se envolverem.

O objetivo maior que fora o de apurar se as decisões judiciais acerca do Princípio da Função Social do Contrato guardam relações para com a doutrina especializada no tema, restou por ser frutífera, na medida em que se verificaram vários doutrinadores especializados na matéria tendendo a considerar o *caput* do Art. 421, do Código Civil Brasileiro, como uma flexibilização do princípio da Relatividade. Entretanto, não se esperava que a maioria absoluta das decisões envolvendo o respectivo dispositivo legal, fosse oriunda de casos consumeristas.

Desta maneira, em todos os casos consumeristas analisados, a norma do Art. 421, do Código Civil Brasileiro, foi utilizada como reforço retórico para outras fundamentações legais já alcançadas na decisão, fossem elas relativas ao Código de Defesa do Consumidor, fossem elas ligadas a outra legislação especial que era pertinente ao caso.

Assim sendo, o juiz é dotado de liberdade para convencer-se dos rumos de uma decisão, podendo valer-se inclusive das provas dos autos, de perícias técnicas, do uso e costumes, de precedentes, entre outros tantos métodos. No entanto, quando se está diante de um princípio, que pode com portar inúmero conceitos, a escolha do magistrado por uma ou outra forma de convencimento pode resultar em um resultado diverso da decisão, sem prejudicar inclusive a fundamentação jurídica que estará amparada no princípio.

Por isso, destaca-se a importância de, principalmente na interpretação das normas com conteúdo principiológico, observa-se o que a doutrina vem pontuando a respeito, utilizando-a como guia nas decisões, bem como, reunindo precisão de conceitos e segurança jurídica.

Destarte, a principiológica oferece ao intérprete, vetores axiológicos de orientação hermenêutica, embasando a interpretação teleológica da lei consumerista. Os princípios jurídicos aqui tratados são imbuídos ainda de uma reserva ética, maximizando a tutela do consumidor e minimizando as desigualdades inerentes ao mercado capitalista.

Por fim, os princípios norteadores das relações de consumo, tais quais o da Transparência, da Vulnerabilidade, da Igualdade, da Boa-Fé Objetiva, da Repressão Eficiente a Abusos, da Harmonia do Mercado de Consumo, da Equidade e da Confiança, oferecem importante norte hermenêutico para a compreensão do Código de Defesa do Consumidor.

Logo, a interpretação principiológica do Código de Defesa do Consumidor enseja a construção de novos paradigmas de convivência socioeconômica entre os fornecedores e os consumidores, descortinando um horizonte mais promissor para a realização da justiça no âmbito do mercado capitalista brasileiro.

REFERÊNCIAS

A APLICAÇÃO do Conceito de Consumidor para as Pessoas Jurídicas e o Direito a Inversão do Ônus da Prova. [S.n.]: [S.l.]. [S.d.].

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. Saraiva: São Paulo. 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do Consumidor**. Forense: Rio de Janeiro. ed. 5. 2002.

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos atuais**. Livraria do Advogado: Porto Alegre. 1998.

BONAVIDE, Paulo. **Curso de direito constitucional**. Malheiros: São Paulo. 22. ed. 2008.

BOUZON, Emanuel. **Uma coleção de Direito Babilônico Pré-Hammurabiano: Leis do Reino de Eshnunna**. Vozes: Petrópolis. 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. Atlas: São Paulo. ed. 7. 2007.

COSTA, Judith Martins. Obrigações e Contratos: obrigações: estrutura e dogmática. In: TEPENDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **O Direito Privado como “Um Sistema em Construção” – As cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro (coleção doutrinas essenciais)**. Revista dos Tribunais: São Paulo. vol. 1. 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; RONSENVALD, Nelson. **Direito Civil: direito das obrigações**. *Lúmem Juris*: Rio de Janeiro. 3. ed. 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, volume IV: contratos, tomo 1: teoria geral**. Saraiva: São Paulo. 4. ed. 2008.

GAMA, Guilherme Calmon de Nogueira da. **Função Social no Direito Civil**. Atlas: São Paulo. 2007.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Forense: Rio de Janeiro. 19. ed. 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Saraiva: São Paulo. 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. Saraiva: São Paulo. 10. ed. vol. 3. 2013.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. Malheiros: São Paulo. 12. ed. 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Obrigações e Contratos: contratos: princípios e limites. In: TEPENDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **O Direito Privado como “Um Sistema em Construção” – As cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro (coleção doutrinas essenciais)**. Revista dos Tribunais: São Paulo. vol. 3. 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no CDC e no Novo Código Civil**. [S.n.]: Teresina. 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos de Direito Privado**. Revista dos Tribunais: São Paulo. 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo. 5. ed. ver., atual. e ampl. 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil: tomo 1**. Forense: Rio de Janeiro. ed. 1. vol. 5. 2004.

MIRANDA, Maria Bernadete. **Teoria Geral dos Contratos**. In: Revista Virtual Direito Brasil: São Paulo. vol. 2. n. 2. 2008. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/index_arquivos/Page1057.htm>. Acesso em: 18 ago. 2016.

MOURA, Mário Aguiar. **Função Social do Contrato**. In: Revista dos Tribunais: São Paulo. vol. 630. 2013. Disponível em: <http://>. Acesso em: 16 set. 2016.

NALIN, Paulo. **A função social do contrato no futuro do Código Civil Brasileiro**. In: Revista de Direito Privado: São Paulo. n. 12. 2002. Disponível em: <http://>. Acesso em: 16 set. 2016.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil: atualidades II**. Del Rey: Belo Horizonte. 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e legislação Extravagante Anotados**. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2002.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor: direito material**. Saraiva: São Paulo. 2000.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: contratos**. Forense: Rio de Janeiro. 2008.

RIPERT, Georges. **A Regra Moral nas Obrigações civis**. Bookseller: São Paulo. 2000.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Almedina: Coimbra. 2009.

ROTTA, Mariza; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **O pacta sunt servanda: cláusula rebus sic stantibus e o equilíbrio das relações contratuais na atualidade**. In: Revista Jurídica Cesumar - Mestrado: Londrina. vol. 8. n. 1. 2008. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/729>. Acesso em: 14 set. 2016.

SANDRI, Jussara Schimitt. **Função Social do Contrato, conceito, natureza jurídica e fundamentos**. In: Revista de Direito Público: Londrina. vol. 6. n. 2. 2011. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/8721>. Acesso em: 18 ago. 2016.

SETTI, Maria Estela Leite Gomes. **O Princípio da Função Social do Contrato: conteúdo, alcance e análise econômica do direito**. In: Anais do XIX Encontro

Nacional do CONPEDI: Fortaleza. 2010. Disponível em: <<http://www.unicuritiba.com.br>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

SILVA, André Vicente Seifert. Obrigações e Contratos: contratos: formação e regime. In: TEPENDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **O Direito Privado como “Um Sistema em Construção” – As cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro (coleção doutrinas essenciais)**. Revista dos Tribunais: São Paulo. vol. 4. 2011.

SOARES Paulo Brasil Dill. **Princípios básicos de defesa do consumidor**: institutos de proteção ao hipossuficiente. LED: Leme. 2001.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. Forense: Rio de Janeiro. Método: São Paulo. 2012.

TEPENDINO, Gustavo. **Obrigações e Contratos**: contratos, princípios e limites. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2011.

TEPENDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**: tomo 2. Renovar: Rio de Janeiro. 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria das obrigações e teoria dos contratos. Atlas: São Paulo. 2001.

WALD, Arnoldo. **A dupla função econômica e social do contrato**. In: Revista Trimestral de Direito Civil: Rio de Janeiro. vol. 21. 2004. Disponível em: <[ORGANIZADORES: André Rafael Weyermüller | Haide Maria Hupffer | Daniel Sica da Cunha](http://>. Acesso em: 16 set. 2016.</p></div><div data-bbox=)

aspectos jurídicos e psicológicos da alienação parental e das falsas memórias

Sabrina Schmidt

Psicóloga. Especialista em Dinâmica de Grupos pela SBDG. Bacharel em Psicologia pela Universidade de Passo Fundo e Bacharel em Direito pela Universidade Feevale. E-mail: sabrischmidt@hotmail.com.

Valéria Koch Barbosa

Docente do Curso de Direito da Universidade Feevale. Advogada. Mestre e doutoranda em Qualidade Ambiental pela Universidade Feevale. E-mail: valeriakb@feevale.br.

INTRODUÇÃO

Este estudo, tratando do Direito das Famílias, aborda, essencialmente, os “Aspectos jurídicos e psicológicos da Alienação Parental e das Falsas Memórias”, no sentido de entender tal problemática e as implicações que podem advir do processo de implantação das falsas memórias e da Síndrome de Alienação Parental. A relevância social do tema é evidenciada ao considerar que tem suscitado constantes reflexões na atualidade, visto que as crianças e os adolescentes são seres em desenvolvimento e que poderão ter significativa influência, como seres humanos, na constituição de novos indivíduos e na construção de uma sociedade melhor. Ademais, diferentes áreas têm trabalhado e discutido tal problemática, envolvendo-se no processo de diagnóstico e de encaminhamento judicial, dentre as quais pode-se citar: o Direito, a Medicina (Psiquiatria e Pediatria), a Psicologia e a Assistência Social.

Objetiva-se realizar abordagem dos conceitos e jurisprudência, assim como analisar a influência que tal problemática pode ter na formação da personalidade dos menores envolvidos no processo de Alienação, assim como questiona-se as atuais formas de intervenção que o Estado tem utilizado, consoante lhe faculta a Lei, e o quanto essas medidas têm sido efetivas. Questiona-se, também, o quanto existe, de fato, preparo por parte do Poder Judiciário para identificar as falsas memórias em casos de Alienação Parental.

Considerando ter formação tanto em Psicologia quanto em Direito, a autora opta por pautar suas reflexões com base no diálogo entre essas duas áreas, por entender que, especialmente quando se trata de seres em formação, é imperioso um olhar mais atento, uma vez que é inegável a importância das experiências vividas na infância e na adolescência para a constituição da personalidade do ser humano.

Para tanto, o presente artigo contempla, em um primeiro momento, a Alienação Parental; em seguida, conceitua Síndrome de Alienação Parental, essencialmente com o intuito de diferenciá-la da Alienação Parental, e, por fim, trata das falsas memórias. Nesse ínterim, são apontados aspectos jurídicos e psicológicos dos referidos temas, em uma tentativa de evidenciar o diálogo interdisciplinar necessário para abordar tal problemática.

Do ponto de vista da natureza, este estudo é uma pesquisa aplicada, pois o objetivo é trazer conhecimentos para aplicação prática na solução de um problema específico, qual seja, a Alienação Parental. No que tange à abordagem, trata-se de uma pesquisa qualitativa, uma vez que há um processo de interpretação dos fenômenos estudados. A meta de investigação é o entendimento, a descoberta, bem como a generalização. Procedeu-se à revisão da literatura com base na legislação, na doutrina e na jurisprudência. A pesquisa também é descritiva no sentido de que são descritas as características do fenômeno da Alienação Parental, da Síndrome da Alienação Parental e das falsas memórias. O trabalho baseou-se no método de abordagem dialético, levando em conta que os fatos devem ser considerados dentro de um contexto que envolve diversos aspectos, como familiares, sociais, etc.

Não tem este estudo a pretensão de encerrar as discussões em torno dos temas aqui abordados, pelo contrário, acredita-se que reiterados esforços devem ser feitos, por parte de profissionais de diferentes áreas, no sentido de contribuir para que possa haver mais clareza, inclusive, acerca das consequências decorrentes das falsas memórias advindas da prática da Alienação Parental, a fim de que haja efetiva proteção dos seres que estão em formação, como é o caso das crianças e adolescentes envolvidos em tal contexto.

1 ALIENAÇÃO PARENTAL

As crianças circulam na família de acordo com manejos e arranjos dos adultos. E, a fragilidade da relação entre marido e mulher repercute, direta ou indiretamente, na relação que estabelecerão com seus filhos.¹ De modo geral, ao casarem, as pessoas não cogitam a separação e, quando isso ocorre por vontade de uma das partes, e não por um acordo de vontades, é ainda mais difícil aceitar o fim do relacionamento. Aquele que foi surpreendido com a separação pode desencadear sentimentos de abandono e rejeição, sentindo-se traído e podendo, em algumas situações, almejar vingança. Percebe-se que os sentimentos decorrentes do fim da união conjugal, atrelados às características de cada um dos cônjuges, tornam-se cruciais no modo como vão conduzir a relação com os filhos. Ao mesmo tempo, identifica-se que a separação tem sido fator desencadeador de patologias e transtornos, tanto na vida de cada um dos cônjuges quanto na dos filhos e, conseqüentemente, na condução e na estrutura familiar como um todo.²

Com a separação dos pais, por vezes, os filhos acabam se tornando instrumentos de vingança. São induzidos a se afastar ou mesmo odiar um dos pais, que, supostamente, teriam lhes causado sofrimento. O fato de sentirem-se órfãos de um dos pais, comumente, facilita para que um genitor implante a ideia de abandono por parte do outro genitor. E, essa não é uma prática recente, mas, atualmente, vem recebendo mais atenção.³ Além disso, quando os cônjuges

¹ LYRA, Jorge; MEDRADO, Benedito; FLORÊNCIO, Maria Camila. Alienação Parental: algo novo ou querelas familiares antigas com novas roupagens? In: MOREIRA, Lúcia Vaz de Campos (Org.). *Psicologia, família e direito: interfaces e conexões*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 347.

² SOUZA, Juliana Rodrigues de. *Alienação Parental sob a perspectiva do direito à convivência familiar*. São Paulo: Mundo Jurídico, 2014, p. 108-109.

³ DIAS, Maria Berenice. Alienação Parental: um crime sem punição. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e Alienação Parental: realidades que a justiça insiste em não ver*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.12.

não conseguem superar as dificuldades decorrentes do processo de separação, os filhos tornam-se alvo da conduta dos pais e configuram-se, em algumas situações, casos de Alienação Parental, e de Síndrome da Alienação Parental (SAP)⁴, a qual é abordada em seguida.

A Lei nº 12.318/10, que dispõe sobre a Alienação Parental, estende seus efeitos para além dos pais, podendo ser aplicada aos avós ou outras pessoas que detenham a guarda da criança.⁵ Dias entende Alienação Parental como o processo de afastar a criança do outro genitor, o que pode se dar de modo consciente ou inconsciente. E afirma que o mesmo processo também tem sido atrelado à implantação de falsas memórias.⁶

De forma sintética, pode-se dizer que a Alienação Parental é identificada quando as famílias estão ou passaram por conflitos, comumente relacionados à guarda dos filhos. Nesse sentido, tem se tornado objeto de estudo científico de diferentes áreas do conhecimento, como, por exemplo, a Psicologia, a Psiquiatria e o Direito; embora ainda sejam poucos os profissionais peritos na literatura brasileira relacionada ao tema, de acordo com Melo.⁷ Ademais, Carvalho acredita que o aumento no número de divórcios e a constituição de novas relações, com novos parceiros, têm contribuído para a prática de Alienação Parental.⁸

Para Engelmann, o alienador inicia recriando a forma como ocorreu o divórcio, colocando-se como vítima da situação e convencendo o filho de que ele também o é. Influencia nos vínculos sociais, fazendo tudo o que for necessário para convencer as pessoas sobre sua versão dos fatos: problematiza a separação e faz acusações contra o outro genitor, podendo acusá-lo de abuso e maus tratos em relação à criança e a ele próprio.⁹

⁴ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de; TELLES, Lisieux e. de Borba; DAY, Vivian Peres. A alienação parental à luz do direito da criança. *Revista de Direito da Infância e Juventude*. [S.l.], v. 1, jan. 2013, p. 83. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007a0000015139976d2fb90425e1&docguid=lbff6494boe5fe11e284d2010000000000&hitguid=lbff6494boe5fe11e284d2010000000000&spos=4&epos=4&td=159&context=5&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 24 nov. 2015, p. 83.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 307.

⁶ DIAS, Maria Berenice. Alienação Parental: um crime sem punição. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e Alienação Parental: realidades que a justiça insiste em não ver*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 16.

⁷ MELO, Ana Katarina Leimig Saraiva de. *Síndrome de Alienação Parental: um estudo através do olhar de psicólogos e assistentes sociais peritos*. 2013. 90 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Clínica) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia Clínica, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2013. Disponível em: <http://www.unicap.br/tede//tede_busca/arquivo.php?codArquivo=916>. Acesso em: 17 nov. 2015, p. 12.

⁸ CARVALHO, Thayro Andrade. *Alienação Parental: uma explicação pautada em traços de personalidade e nos valores humanos*. 2015. 192 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2015. Disponível em: <<http://tede.biblioteca.ufpb.br:8080/bitstream/tede/7512/2/arquivototal.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2015, p. 49 e 65.

⁹ ENGELMANN, Fernanda. *SAP – Síndrome da Alienação Parental*. Blumenau: 3 de Maio Ltda., 2015, p. 21.

Embora seja mais frequente após uma separação, a Alienação também pode ser evidenciada durante a convivência conjugal, em situações nas quais um dos cônjuges incentiva macular ou diminuir o outro cônjuge em relação ao filho.¹⁰

Inicialmente, identificava-se a preferência materna pela guarda dos filhos diante de uma separação. Mas, com as alterações legislativas e a análise conjunta de benefícios psicológicos oriundos da convivência tanto com a mãe quanto com o pai, essa guarda passou a ser questionada e, posteriormente, passou-se a avaliar a condição de cada um os pais para cuidar da criança. Com essa possibilidade e a ampliação da disputa pela guarda, a Alienação parece ter tomado mais força.¹¹

Silva, analisando Fonseca, descreve que a Alienação pode ocorrer tanto na forma ativa quanto passiva, afirmando que um genitor, ao não interferir em situações nas quais o filho não quer visitar o outro genitor, sem justificativa, também contribui para a Alienação.¹²

No âmbito jurídico, a Alienação Parental (AP) é vista como uma forma de violência, praticada por quem está com a guarda da criança, parente ou não do menor, com o objetivo de impedir o contato da criança ou do adolescente com o genitor que não tem a guarda, seja por atitudes de ação ou de omissão. Em casos extremos, os filhos acabam sendo manipulados por um dos genitores em relação ao outro, sendo convencidos a acreditar em fatos e falas que não ocorreram, aceitando-os como verdadeiros, decorrendo falsas memórias e /ou falso testemunho contra o outro genitor.¹³

O alienador acredita que, para conseguir se relacionar, precisa mentir. E, quando essa mentira é contada reiteradamente, ele acaba acreditando nela como algo que realmente aconteceu, tornando-se uma doença. O alienador inicia uma relação de desconfiança com o alienado e interfere na relação deste como o filho: filtrando ou desligando o telefone, impedindo ou dificultando contato; deixando o filho com estranhos, quando necessita ajuda, e não com o

¹⁰ GONÇALVES, Antonio Baptista. O alerta das consequências da Síndrome da Alienação Parental para as crianças e adolescentes. *Revista de Direito da Infância e da Juventude*. [S.l.], v. 4, jul.-dez. 2014, p. 309-343. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=r1&srguid=ioad6007a0000015139976d2fb90425e1&-docguid=1ff16eb40810111e4bfd301000000000&hitguid=1ff16eb40810111e4bfd301000000000&spos=11&epos=11&td=159&context=5&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

¹¹ OLIVEIRA, Mário Henrique Castanho Prado de. *A alienação parental como forma de abuso à criança e ao adolescente*. 2012. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <[file:///G:/Direito%202015/Mono/dissertacao_INTEGRAL_mario_h_castanho_DIREITO_USP_2012%20\(1\).pdf](file:///G:/Direito%202015/Mono/dissertacao_INTEGRAL_mario_h_castanho_DIREITO_USP_2012%20(1).pdf)>. Acesso em: 14 out. 2015, p. 100-102.

¹² SILVA, Cristina Martins Cunha da. *Compreender para intervir: um estudo sobre a prática alienativa nas Varas de Família*. 2011. 225 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2011. Disponível em: <http://www.bdtu.ufu.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=3430>. Acesso em: 14 out. 2015, p. 24.

¹³ SOUZA, Juliana Rodrigues de. *Alienação Parental sob a perspectiva do direito à convivência familiar*. São Paulo: Mundo Jurídico, 2014, p. 108-112.

outro genitor; priva o genitor de informações escolares e outras situações que seriam relevantes sobre o dia a dia e a vida do filho, incitando, na criança, a percepção enganosa sobre os fatos e sobre o outro genitor.¹⁴

O dever de lealdade é uma das bases da alienação parental. As crianças entendem muito rapidamente que são forçadas a escolher um dos pais. E o alienador subentende que somente um deve cuidar exclusivamente do filho, e que o outro deve ser eliminado, afastado.¹⁵

A Lei nº 12.318/2010, anteriormente citada, que dispõe sobre Alienação Parental, define-a, no artigo 2º¹⁶, como a indução de um dos genitores, ou mesmo dos avós, para que a criança ou o adolescente rejeite o outro genitor, de modo a causar prejuízos na manutenção desse vínculo, interferindo diretamente na formação da personalidade do menor.¹⁷ Na referida Lei, mais especificamente no artigo 3º, a Alienação Parental

Passou a ser considerada como prática que fere o direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, além de prejudicar a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar e constituir abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.¹⁸

Amato, ao interpretar a Lei de Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010), analisa também as contribuições da guarda compartilhada e afirma que é um “instituto jurídico capaz de intervir nas relações de família afetadas pela prática de alienação parental”. Entende que insatisfações são comuns em casos de separação, mas, ao mesmo tempo, é necessário ajudar os genitores a entender as diferenças no que tange às divergências conjugais e à função parental, a qual deve permanecer independentemente da separação. E, ainda, considera oportuno auxiliá-los na compreensão de que ambos são responsáveis pela forma de

¹⁴ ENGELMANN, Fernanda. **SAP – Síndrome da Alienação Parental**. Blumenau: 3 de Maio Ltda., 2015, p. 38.

¹⁵ ENGELMANN, Fernanda. **SAP – Síndrome da Alienação Parental**. Blumenau: 3 de Maio Ltda., 2015, p. 38.

¹⁶ Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

¹⁷ BRASIL. Presidente da República. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 23 out. 2015.

¹⁸ LYRA, Jorge; MEDRADO, Benedito; FLORÊNCIO, Maria Camila. Alienação Parental: algo novo ou querelas familiares antigas com novas roupagens? In: MOREIRA, Lúcia Vaz de Campos (Org.). **Psicologia, família e direito: interfaces e conexões**. Curitiba: Jurúá, 2013, p. 342.

conduzir e colaborar para melhores relações com seus filhos, mesmo após a ruptura conjugal. O referido autor acredita que a guarda compartilhada passa a ser o início de uma nova relação ou mesmo o fortalecimento de uma relação desgastada entre a/o criança/adolescente com o genitor alienado, mas entende, também, que essa modalidade de guarda, por si só, não é suficiente: considera indispensável a intervenção da Psicologia nesse processo, tanto para contribuir com o restabelecimento da relação entre a/o criança/adolescente e o alienado como para ajudar o alienador a entender o quanto o seu comportamento é prejudicial para a criança e para todos os envolvidos.¹⁹

Amparada na Lei nº 12.318/2010, a Alienação pode ser identificada por atos declarados pelo juiz ou constatados em perícia, também determinada pelo juiz. A norma prevê tramitação prioritária e possível avaliação psicológica ou biopsicossocial.²⁰ Todavia, Barbosa assevera que as práticas de Alienação Parental ainda são, por vezes, difíceis de serem identificadas, exigindo que sejam avaliadas por uma equipe multidisciplinar, comumente envolvendo psicólogos, médicos e assistentes sociais. Afirma que, após essa intervenção, cabe ao juiz apreciar o caso concreto e, considerando a previsão legal, aplicar as medidas previstas.²¹

Damiani realizou estudo envolvendo os pais e as crianças que estiveram envolvidos em um processo de Alienação Parental, com o intuito de analisar e entender as características de sua personalidade. Identificou que não há que se falar em vítima ou culpado nesse processo, e sim que se trata de uma dificuldade, por parte de todos os envolvidos, em conseguir manter outra forma de relação que não mais a que tinham até então. A autora identificou, além dessa dificuldade, que as relações primárias de cada um dos genitores foram precárias e ambivalentes, as quais, possivelmente, repercutiram na formação de vínculos frágeis e igualmente instáveis. Nas mães que participaram da referida pesquisa, foi evidenciada, também, ansiedade de separação, enquanto nos pais

¹⁹ AMATO, Gabriela Cruz. **Alienação parental: uma discussão a partir dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.** 2014. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC-RS, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/5803/1/000457607-Texto%2bParcial-o.pdf>>. Acesso: em 17 nov. 2015, p. 149-150.

²⁰ LYRA, Jorge; MEDRADO, Benedito; FLORÊNCIO, Maria Camila. Alienação Parental: algo novo ou querelas familiares antigas com novas roupagens? In: MOREIRA, Lúcia Vaz de Campos (Org.). **Psicologia, família e direito: interfaces e conexões.** Curitiba: Juruvá, 2013, p. 342.

²¹ BARBOSA, Maria Claudia Jardim. **As práticas de Alienação Parental e o papel do Estado-Juiz para coibi-las.** 2013. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Franca, 2013. Disponível em: <<http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/115629/000808764.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 14 out. 2015, p. 14-15.

foram identificados traços de depressão. Diante do exposto, Damiani concluiu que “as características individuais dos envolvidos têm importância significativa para a compreensão do fenômeno”.²²

Tratando sobre esse tema, Trindade faz uma análise das características do genitor alienante e salienta que este

[...] é, muitas vezes, identificado como uma pessoa sem consciência moral, incapaz de se colocar no lugar do outro, sem empatia sequer com os filhos, e, sobretudo, sem condições de distinguir a diferença entre a verdade e a mentira, lutando para que a sua verdade seja a verdade também dos outros, levando os filhos a viver como falsos personagens de uma falsa existência.²³

De acordo com Silva, a Alienação Parental decorre, dentre outros aspectos, do fato de o genitor alienante não conseguir lidar com questões da sua própria vida de forma mais independente. Tem receio de que o filho o deixe; não consegue lidar bem com a (o) nova (o) companheira (o) do genitor; tem ciúmes da relação do filho com o outro genitor; usa o menor para obter ganhos financeiros do ex-cônjuge, entre outras situações.²⁴ O genitor que se torna o alienador é, na maioria dos casos, aquele que a criança sente mais medo de perder, aquele pelo qual acredita ser rejeitada. Tal sentimento pode fazer com que, em um primeiro momento, a criança se sinta aliviada, pois estaria sendo desejada ou querida, mas, em seguida, acaba transformando-se em uma prisioneira.²⁵

²² DAMIANI, Fabiana da Motta. **Características de estrutura de personalidade de pais, mães e crianças envolvidas no fenômeno da Alienação Parental**. 2012. 80 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Clínica) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS, São Leopoldo, 2012. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3942/34.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 14 out. 2015, p. 34-35.

²³ TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito**. 7. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 333.

²⁴ SILVA, Cristina Martins Cunha da. **Compreender para intervir: um estudo sobre a prática alienativa nas Varas de Família**. 2011. 225 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2011. Disponível em: <http://www.bdt.ufu.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=3430>. Acesso em: 14 out. 2015, p. 23.

²⁵ ENGELMANN, Fernanda. **SAP – Síndrome da Alienação Parental**. Blumenau: 3 de Maio Ltda., 2015, p. 38.

Leite afirma que a legislação brasileira não considera Alienação somente os casos declarados pela lei, mas também os que são definidos pelo juiz e constatados por perícia. Ou seja, entende que a Alienação pode ser evidenciada para além dos itens descritos no artigo 2º, parágrafo único²⁶, da Lei de Alienação Parental.²⁷ E, entre os atos considerados como Alienação, praticados pelo alienador, está a implantação de falsas memórias.²⁸

2 SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL

A Alienação Parental e a Síndrome de Alienação Parental (SAP), embora correlacionadas, representam conceitos distintos: conforme mencionado, Alienação Parental pode ser entendida como as condutas que um genitor realiza com o objetivo de romper o vínculo do filho com o outro genitor, enquanto a SAP é conceituada como o conjunto de sintomas decorrentes da concretização desse objetivo destrutivo, o qual acaba repercutindo em reações e comportamentos da criança para com o genitor alienado.²⁹

²⁶ Art. 2º [...] Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

²⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. Alienação Parental: a tragédia revisitada. *Revista de Direito de Família e Sucessões*. [S.l.], v. 1, jul.-set. 2014, p. 61-81. Disponível em: <<http://www.revistados-tribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007a0000015139976d2fb90425e1&docguid=l657ac1a01f8611e4bd0001000000000&hitguid=l657ac1a-01f8611e4bd0001000000000&spos=12&epos=12&td=159&context=5&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

²⁸ BARBOSA, Maria Claudia Jardim. *As práticas de Alienação Parental e o papel do Estado-Juiz para coibi-las*. 2013. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Franca, 2013. Disponível em: <<http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/115629/000808764.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 14 out. 2015, p. 31.

²⁹ SILVA, Cristina Martins Cunha da. *Compreender para intervir: um estudo sobre a prática alienativa nas Varas de Família*. 2011. 225 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2011. Disponível em: <http://www.btdt.ufu.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=3430>. Acesso em: 14 out. 2015, p. 20.

A expressão Síndrome de Alienação Parental, embora venha sendo estudada e difundida, ainda não é reconhecida pela medicina como uma categoria diagnóstica, visto que não está prevista no CID-10³⁰ e no DSM IV-TR³¹. Entende-se por síndrome um distúrbio ou sintoma instalado como consequência de reações emocionais extremas por parte do genitor com seus filhos. Alienação, por sua vez, é conceituada como “atos que desencadeiam verdadeira campanha de desmoralização levada a efeito pelo alienante”.³²

A SAP – Síndrome de Alienação Parental – foi proposta por Richard A. Gardner, psiquiatra americano e professor da Universidade de Columbia, em 1985, com o objetivo de abordar as situações patológicas associadas a divórcios conflituosos. É caracterizada como um distúrbio da infância, que tem início “quase exclusivamente dentro de um contexto de disputa referente ao direito de guarda da criança”.³³

Dias complementa tais conceitos, confirmando que Gardner, na década de 80, denominou os efeitos psicológicos dessas manipulações como Síndrome de Alienação Parental, definindo-a como a programação, por parte de um dos genitores, para que a criança odeie o outro genitor, sem justificativa para tanto.³⁴ Para Waquim, a Síndrome é percebida diante de contextos de separação, na qual um ou ambos os cônjuges não conseguem administrar a dissolução da união do casal e, com isso, desequilibram as relações entre pais e filhos, de modo que um dos genitores se aproxima do filho, impedindo o outro genitor de participar da vida da criança ou do adolescente.³⁵ Por sua vez, Oliveira aponta que, na Síndrome de Alienação Parental, a criança já foi ou continua sendo alienada e torna-se sujeito tanto ativo quanto passivo, uma vez que também se coloca ao lado de um e contra outro genitor.³⁶

³⁰ CID-10 (Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde).

³¹ DSM IV (Manual Diagnóstico e Estatístico de Doenças Mentais).

³² SOUZA, Juliana Rodrigues de. **Alienação Parental sob a perspectiva do direito à convivência familiar**. São Paulo: Mundo Jurídico, 2014, p. 113.

³³ ENGELMANN, Fernanda. **SAP – Síndrome da Alienação Parental**. Blumenau: 3 de Maio Ltda., 2015, p. 18.

³⁴ DIAS, Maria Berenice. Alienação Parental: um crime sem punição. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Incesto e Alienação Parental: realidades que a justiça insiste em não ver**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 16.

³⁵ WAQUIM, Bruna Barbieri. Alienação parental: entre o direito e a psicologia. **Revista dos Tribunais**. [S.l.], v. 939, jan. 2014, p. 65. Disponível em: <<http://www.revistados-tribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007a0000015139976d2fb90425e1&docguid=ld6e5cc00744011e39d7c010000000000&hitguid=ld6e5cc00744011e39d7c010000000000&spos=7&epos=7&td=159&context=5&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 24 nov. 2015, p. 65.

³⁶ OLIVEIRA, Mário Henrique Castanho Prado de. **A alienação parental como forma de abuso à criança e ao adolescente**. 2012. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <[file:///G:/Direito%202015/Mono/dissertacao_INTEGRAL_mario_h_castanho_DIREITO_USP_2012%20\(1\).pdf](file:///G:/Direito%202015/Mono/dissertacao_INTEGRAL_mario_h_castanho_DIREITO_USP_2012%20(1).pdf)>. Acesso em: 14 out. 2015, p. 108-109.

A Síndrome também pode ser compreendida como um distúrbio que surge a partir da separação e consequente disputa de guarda das crianças, ocorrendo mediante difamação do filho contra um dos pais, sem que haja justificativa para tal, pois é resultante de conduta e falas do genitor alienante, corroboradas pela própria criança.³⁷ Ou, ainda, trata-se de um conjunto de influências que a criança e o adolescente sofrem, ao serem dispensados de respeito e afetividade por parte de um dos genitores ou outro membro da família, o qual induz o menor, interferindo em suas memórias, seus sentimentos e pensamentos.³⁸

Entre os sintomas da Síndrome, pode-se citar: campanha de difamação, racionalizações fracas ou absurdas de depreciação do genitor, falta de ambivalência, pensamento independente, apoio por parte da criança ao genitor alienador, ausência de culpa por parte da criança, falas repetidas pelas crianças que são originárias do genitor alienante, disseminação do rancor para a família e os amigos do genitor alienado.³⁹

Ao realizar uma pesquisa referente ao olhar de psicólogos e assistentes sociais peritos sobre o processo de Síndrome de Alienação Parental, Melo afirma que esses profissionais apontam a dualidade de sentimentos que a criança ou o adolescente vivencia diante das induções que lhe são feitas por um dos genitores, pois conviveu com o outro genitor e desenvolveu por ele sentimentos de amor, lealdade e confiança, o que prova confusão em relação ao que sente e ao que está ouvindo e presenciando na relação atual de seus genitores.⁴⁰

Considerada uma forma de abuso psicológico e moral, a SAP pode ser difícil de ser identificada e, assim, quando é percebida, comumente já se encontra em fase avançada. Entre outros aspectos mencionados, um dos que torna mais lenta a identificação é o fato de que as crianças alienadas têm comportamentos tidos como normais e, muitas vezes, bastante maduros para a sua idade. “Elas tentam administrar o divórcio e a ‘perda’ de um ente querido em condições

³⁷ LYRA, Jorge; MEDRADO, Benedito; FLORÊNCIO, Maria Camila. Alienação Parental: algo novo ou querelas familiares antigas com novas roupagens? In: MOREIRA, Lúcia Vaz de Campos (Org.). *Psicologia, família e direito: interfaces e conexões*. Curitiba: Juruvá, 2013, p. 341.

³⁸ WAQUIM, Bruna Barbieri. Alienação parental: entre o direito e a psicologia. *Revista dos Tribunais*. [S.l.], v. 939, jan. 2014, p. 65. Disponível em: <<http://www.revistados-tribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007a0000015139976d2fb90425e1&docguid=ld6e5cc00744011e39d7c010000000000&hitguid=ld6e5cc00744011e39d7c010000000000&spos=7&epos=7&td=159&context=5&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 24 nov. 2015, p. 65.

³⁹ LYRA, Jorge; MEDRADO, Benedito; FLORÊNCIO, Maria Camila. Alienação Parental: algo novo ou querelas familiares antigas com novas roupagens? In: MOREIRA, Lúcia Vaz de Campos (Org.). *Psicologia, família e direito: interfaces e conexões*. Curitiba: Juruvá, 2013, p. 341.

⁴⁰ MELO, Ana Katarina Leimig Saraiva de. *Síndrome de Alienação Parental: um estudo através do olhar de psicólogos e assistentes sociais peritos*. 2013. 90 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Clínica) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia Clínica, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2013. Disponível em: <http://www.unicap.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=916>. Acesso em: 17 nov. 2015, p. 73.

altamente conflitantes, gerir o conflito ao seu nível, e ao mesmo tempo prosseguir seu desenvolvimento normal de criança”, o que se torna bastante complexo quando a criança passa a conviver em espaços constantes de “não ditos e de subentendidos pesados”.⁴¹

De acordo com Barbosa, ainda existem divergências em relação à aplicação dos termos Alienação Parental ou Síndrome de Alienação Parental. Mas, independentemente disso, analisando a Lei nº 12.318/10, a autor entende que não é necessário a criança ou o adolescente apresentar o sintoma para que sejam aplicadas medidas ou intervenções. Afirmo que estas devem ser tomadas diante de atos que caracterizem Alienação Parental e até mesmo diante de quaisquer condutas que evidenciem que um dos genitores esteja dificultando a convivência da criança ou do adolescente com o outro genitor.⁴²

Percebe-se que “quanto mais o tempo passa, mais a versão do alienador rege a vida e as emoções da criança alienada, constituindo a sua realidade e passando a se tornar ‘verdadeira’, numa grande distorção cognitiva”.⁴³

Quando ocorre a prática de Alienação Parental, consoante se evidenciou, não raras vezes, são implantadas falsas memórias, tema esse que é contemplado a seguir.

3 FALSAS MEMÓRIAS

Cientificamente, tem-se evidenciado que “as lembranças que temos de nossa história de vida não são um retrato fiel dos eventos vividos em nosso passado”. Diferentes teorias buscam explicar por que isso acontece. Pergher, utilizando-se de Conway, entende que as lembranças são uma reconstrução do que se vive.⁴⁴

⁴¹ ENGELMANN, Fernanda. **SAP – Síndrome da Alienação Parental**. Blumenau: 3 de Maio Ltda., 2015, p. 56.

⁴² BARBOSA, Maria Claudia Jardim. **As práticas de Alienação Parental e o papel do Estado-Juiz para coibi-las**. 2013. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Franca, 2013. Disponível em: <<http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/115629/000808764.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 14 out. 2015, p. 29.

⁴³ ENGELMANN, Fernanda. **SAP – Síndrome da Alienação Parental**. Blumenau: 3 de Maio Ltda., 2015, p. 22.

⁴⁴ PERGHER, Giovanni Kuckartz. Falsas memórias autobiográficas. In: STEIN, Lilian Milnitsky e cols. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 105.

Wilbert e Menezes, ao analisarem Myers, apontam que a memória pode ser conceituada como “incessante tentativa de reconstrução e reprodução de fatos já vivenciados”, envolvendo, dessa forma, mecanismos complexos de arquivo e recuperação de experiências. Retomando a origem latina da palavra, identifica-se que *memória* está atrelada à “faculdade de reter e/ou adquirir ideias, imagens, expressões e conhecimentos, reportando-se às lembranças”. Sendo assim, pode ser “criada, modificada e até mesmo perdida ao longo da vida”.⁴⁵ Tratando do tema, Stein entende que as memórias podem ser de essência ou literais, conceituando as primeiras como responsáveis “pelas lembranças mais centrais e genéricas ou do significado”, sendo, portanto, mais estáveis e duradouras e, com isso, menos influenciáveis. As literais, por sua vez, são as “lembranças dos detalhes, ou seja, de aspectos específicos da situação vivenciada”. Essas são consideradas como sendo mais frágeis e mais suscetíveis a influências e ao esquecimento.⁴⁶

Com frequência, utiliza-se o fato de lembrar de algo com intensidade e certeza como fator inquestionável de que a memória retrata os fatos como realmente ocorreram. Todavia, o avanço das pesquisas sobre falsas memórias (FM) demonstra que o ser humano é capaz de lembrar, de forma espontânea ou sugerida, eventos que não aconteceram, o que instiga questionamentos sobre os limites entre o falso e o verdadeiro.⁴⁷

Uma pesquisa realizada por Neufeld, Brust e Stein, no que diz respeito ao efeito da sugestão de falsa informação, relacionada a eventos emocionais, indica que o fato de uma memória estar acompanhada de algum conteúdo emocional, por si só, não quer dizer que essa memória se apresente de forma autêntica. Essa conclusão implica significativamente, segundo os referidos autores, na área da Psicologia e outras afins, uma vez que contrapõe a ideia que se

⁴⁵ WILBERT, Juciméri Silvia Machado; MENEZES, Scheila Beatriz Sehnem de. Falsas memórias: o pecado da atribuição errada. *Unoesc & Ciência – ACSA*, Joaçaba, v. 2, n. 1, jan.-jun. 2011. p. 67-74. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/acsa/article/viewFile/567/pdf_155>. Acesso em: 16 set. 2015, p. 68.

⁴⁶ BARBOSA, Márcio Englert et al. Falsas memórias e diferenças individuais. In: STEIN, Lilian Milnitsky e cols. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 136-137.

⁴⁷ NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky e cols. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 37.

tinha até então de que fortes cargas emocionais permanecem inalteradas por anos.⁴⁸ Ou seja, embora eventos emocionais possam ser recordados em maior quantidade, mesmo assim, podem não ser verdadeiros.⁴⁹

Por outro lado, Alves e Lopes afirmam que as falsas memórias são explicadas como “lembranças de eventos que não ocorreram, de situações não presenciadas, de lugares jamais vistos, ou então, de lembranças distorcidas de algum evento”.⁵⁰ Ratificando esse conceito, Barbosa entende que “[...] as FM são lembranças de fatos que, na realidade, não aconteceram ou que ocorreram de forma diferente da recordada. Essas distorções da memória ocorrem porque determinadas informações armazenadas nela são recordadas como se tivessem sido realmente vividas”. Crianças também recordam situações que, na realidade, nunca ocorreram, e é necessário cautela para não as confundir com simulações ou fantasias, características da fase infantil.⁵¹

O conceito de falsas memórias foi construído no final do século XIX e no início do século XX a partir de pesquisas realizadas na Europa. Surgiu a partir do caso de um homem chamado Louis, que apresentava lembranças de acontecimentos que nunca haviam ocorrido, e tal situação passou a ser de grande interesse tanto de psicólogos quanto de psiquiatras. Muitos dos avanços em pesquisas na área de falsas memórias ocorreram entre 1970 e 1990.⁵²

Para Barbosa, estudos de autores como Ávila e Stein (2006); Eisene Lynn, (2001), entre outros, revelam que as características de personalidade são um fator, além de outros, que podem interferir no fato de que algumas pessoas são mais suscetíveis a apresentar falsas memórias do que outras, e essa característica é considerada estável ao longo do tempo. Embora o referencial ainda seja escasso no que se refere à Psicologia Diferencial e memória, “cada vez mais estudos

⁴⁸ NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. O efeito da sugestão de falsa informação para eventos emocionais: quão suscetíveis são nossas memórias? **Psicologia em Estudo**, Maringá, v. 13, n. 3, jul.-set. 2008. p. 539-547. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722008000300015>. Acesso em: 03 nov. 2015, p. 545.

⁴⁹ NEUFELD, Carmem Beatriz *et al.* O efeito do alerta emocional na qualidade da memória. **Estudos de Psicologia**, Campinas, jul.-set. 2013. p. 337-344. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/estpsi/v30n3/v30n3a03.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2015, p. 343.

⁵⁰ ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas. **Paidéia**, Uberlândia, v. 17, n. 36, 2007. p. 45-56. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-863X2007000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 jun. 2015, p. 46.

⁵¹ BARBOSA, Márcio Englert *et al.* Falsas memórias e diferenças individuais. In: STEIN, Lilian Milnitsky e cols. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 133 e 136.

⁵² NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky e cols. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 22-23 e 25.

têm apontado que características como etapas de desenvolvimento e traços de personalidade, exercem impacto sobre o funcionamento mnemônico⁵³ e suas distorções”. Pessoas com traços de personalidade associados a neuroticismo ou ansiedade, por exemplo, têm demonstrado maior suscetibilidade às FM, o que pode ser justificado pelo fato de que elas tendem a confiar menos em suas memórias. Igualmente, traumas de infância interferem no desenvolvimento e também afetam o sistema mnemônico das pessoas.⁵⁴ Por outro lado, percebe-se que a compreensão do processo de distorção de memória, no decorrer do processo de desenvolvimento, ainda não é clara.⁵⁵

Neufeld, Rocha, Sossella e outros, com o objetivo de analisar a influência de fatores de personalidade na suscetibilidade das falsas memórias, apontam, a partir de pesquisas, que pessoas com características de personalidade mais marcantes têm maior predisposição a um desempenho diferente, seja positivo ou negativo, essencialmente quando a informação a ser retomada é de cunho emocional. Ou seja, entendem que, de acordo com suas características, a pessoa pode relatar as situações de forma diferente do que de fato ocorreram. Entretanto, os mesmos autores sugerem, ainda, ampliação dos referidos estudos, como, por exemplo, no que diz respeito à relação entre transtornos mentais e suscetibilidade da memória.⁵⁶

Além disso, ao estudar a memória em crianças, entende-se oportuno considerar a forma com que os conteúdos ou materiais são apresentados, bem como a carga emocional envolvida e o momento em que está se buscando a investigação.⁵⁷ A pesquisa científica em Psicologia Cognitiva, essencialmente os estudos sobre memória transcritos por Welter e Feix, demonstra que as crianças têm capacidade de memorizar experiências vividas, inclusive relacionadas

⁵³ “1. Que se refere à mnemônica ou à memória. 2. Que ajuda a memória. 3. Que facilmente se grava na memória. 4. Conforme aos preceitos da mnemônica”. In: MICHAELIS. Dicionário de português online. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=mnem%F4nico>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

⁵⁴ BARBOSA, Márcio Englert et al. Falsas memórias e diferenças individuais. In: STEIN, Lilian Milnitsky e cols. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 145-146 e 149.

⁵⁵ NEUFELD, Carmen Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; SILVA, Marcelle Thays Gomes da. Investigação da memória em crianças em idades escolar e pré-escolar. **Psicologia em estudo**, Maringá, v. 16, n. 1, mar. 2011. p. 123-130. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-73722011000100014&script=sci_arttext>. Acesso em: 03 nov. 2015, p. 129.

⁵⁶ NEUFELD, Carmen Beatriz et al. Falsas memórias e diferenças individuais: um estudo sobre fatores de personalidade e qualidade da memória. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, Porto Alegre, v. 26, n. 2, 2013. p. 319-326. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-79722013000200012&script=sci_arttext>. Acesso em: 03 nov. 2015, p. 325.

⁵⁷ NEUFELD, Carmen Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; SILVA, Marcelle Thays Gomes da. Investigação da memória em crianças em idades escolar e pré-escolar. **Psicologia em estudo**, Maringá, v. 16, n. 1, mar. 2011. p. 123-130. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-73722011000100014&script=sci_arttext>. Acesso em: 03 nov. 2015, p. 129.

a eventos estressantes e/ou traumáticos. Entretanto, também se sabe que os processos de memória são suscetíveis a falhas, e as crianças são consideradas essencialmente vulneráveis quanto à sugestibilidade.⁵⁸ Contrariamente a tal percepção, Trindade entende que não existem evidências de que as crianças sejam mais suscetíveis, mas concorda que a forma como o entrevistador conduz o interrogatório pode gerar perguntas sugestivas. Ao mesmo tempo, o autor afirma que, por vezes, tem-se utilizado da Síndrome da Falsa Memória para retirar a credibilidade de depoimentos, essencialmente aqueles que são produzidos por crianças, entre outros grupos minoritários.⁵⁹

Ainda nesse sentido, Madaleno enfatiza o cuidado necessário, por parte dos pais, mas, essencialmente, dos terapeutas e avaliadores, quanto à sugestibilidade, a qual é realizada no intuito de ajudar e pode acrescentar detalhes a histórias não verdadeiras, pois as crianças aprendem, desde pequenas, a identificar sinais não verbais e a fazer o que esperam delas, a fim de se sentirem aceitas. A autora ainda cita as falsas memórias imputadas às crianças pelos genitores, de forma ingênua ou proposital, como fator que proporciona novas perguntas, avaliações e conduções que, quando mal encaminhadas, podem contribuir para o aumento das mentiras.⁶⁰

Wilbert e Menezes afirmam que “as falsas memórias podem ser criadas por meio de sugestões intencionais ou acidentais, além dos estímulos naturais do próprio cotidiano”, e todos estão suscetíveis a sofrer essas alterações.⁶¹ Tal afirmação é ratificada por Neufeld, Brust e Stein, com base nos aportes de Loftus, Miller e Burns, atrelando os primeiros estudos sobre as falsas memórias à “sugestibilidade da memória, ou seja, a incorporação e a recordação de informações falsas, sejam de origem interna ou externa, que o indivíduo lembra como sendo verdadeiras”.⁶² Welter e Feix trazem entendimento semelhante, ao afirmarem que as falsas memórias podem ocorrer de forma espontânea, decorrentes do processo normal da memória, ou ser provocadas a partir de

⁵⁸ WELTER, Carmen Lisboa Weingärtner; FEIX, Leandro da Fonte. Falsas memórias, sugestibilidade e testemunho infantil. In: STEIN, Lilian Milnitsky e cols. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 180.

⁵⁹ TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito**. 7. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 217.

⁶⁰ MADALENO, Ana Carolina Carpes. Indenização pela prática da Alienação Parental e imposição de falsas memórias. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coords.). **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 24.

⁶¹ WILBERT, Juciméri Silvia Machado; MENEZES, Scheila Beatriz Sehnem de. Falsas memórias: o pecado da atribuição errada. **Unoesc & Ciência – ACSA**. Joaçaba, v. 2, n. 1, jan./jun. 2011. p. 67-74. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/acsa/article/viewFile/567/pdf_155>. Acesso em: 16 set. 2015, p. 67-68.

⁶² NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky e cols. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 23.

informações falsas apresentadas ao sujeito. Nesse contexto, enfatiza os principais fatores que contribuem para a sugestibilidade da memória infantil: a) aqueles relacionados às características da própria criança (desenvolvimentais – inerentes às crianças de determinada faixa etária, ou individuais – específicos da criança, independentemente de idade) e b) os que são relacionados ao contexto da entrevista, realizada com a finalidade de depoimento. Evidencia-se que uma sugestão de um adulto pode se transformar em uma falsa memória para uma criança, o que é extremamente prejudicial e pode trazer-lhe enorme sofrimento psíquico, ao acreditar, de fato, em algo que na realidade não aconteceu.⁶³

Neufeld, Brust e Stein também entendem que a memória pode sofrer alterações decorrentes tanto de processos internos quanto externos. E, assim, podem ser classificadas como espontâneas ou sugeridas. As espontâneas são oriundas do sujeito, ou seja, são alteradas internamente, sem influência de algo externo. Os mesmos autores, ao analisarem as contribuições de Loftus, entendem que as memórias sugeridas são oriundas de uma falsa informação externa ao sujeito, o qual a incorpora em sua memória como sendo original. Pode-se dizer que tanto as memórias sugeridas quando as espontâneas fazem parte de uma lembrança, “e não de uma base social, como uma mentira ou simulação por pressão social”.⁶⁴

Não obstante, Trindade entende que as falsas memórias podem ser construídas a partir de lembranças que são implantadas “por pessoas que possuam algum interesse” e que decorrem “de um processo de persuasão prolongada e intensa”, mas nem sempre fácil e rapidamente percebida.⁶⁵

Embora se tenha buscado criar modelos que possam explicar como e por que ocorrem as falsas memórias, entende-se que elas não acontecem da mesma forma em diferentes pessoas, essencialmente devido às diferenças individuais. Estudos do fenômeno das falsas memórias, assim citados por Barbosa *et al*, têm provocado questionamentos no campo teórico e também no aplicado. Enquanto cientistas buscam modelos explicativos, no campo aplicado, tem-se questionado, em relação às falsas memórias, a validade dos relatos testemunhais, que, realizados de forma inadequada, interferem nos processos mnemônicos.⁶⁶

⁶³ WELTER, Carmen Lisboa Weingärtner; FEIX, Leandro da Fonte. Falsas memórias, sugestiobanilidade e testemunho infantil. In: STEIN, Lilian Milnitsky e cols. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 167-178.

⁶⁴ NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky e cols. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 25-27.

⁶⁵ TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito**. 7. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 219.

⁶⁶ BARBOSA, Márcio Englert et al. Falsas memórias e diferenças individuais. In: STEIN, Lilian Milnitsky e cols. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 133.

Pesquisas naturalísticas e experimentais têm sido desenvolvidas com o objetivo de conhecer a capacidade das crianças de recordarem eventos passados. Além disso, *no campo forense, importa saber não somente o que as crianças são capazes de recordar, mas é imprescindível avaliar o quão precisas e confiáveis podem ser as recordações delas [...], ou seja, saber o quanto o relato de uma criança sobre a lembrança de um determinado episódio corresponde com exatidão aos fatos que se passaram. É comum que os juízes de direito, promotores de justiça, delegados de polícia e advogados de defesa, entre outros, perguntem aos psicólogos se podem confiar no que uma criança diz, se podem tomar seu relato como expressão da realidade concreta, do que efetivamente ocorreu de forma distinta da fantasia.*⁶⁷ (Grifou-se)

Observando questões psicológicas e jurídicas, constata-se que, no âmbito judicial, erros de memória podem acarretar condenações injustas; as pessoas podem ser condenadas por anos por algo que não cometeram, o que traz abalos psicológicos significativos e, às vezes, irreparáveis.⁶⁸ Ademais, ao considerar relatos de testemunhas, é possível que haja uma tendência a aceitar mais facilmente o relato do que diz ter certeza de tais fatos ou acontecimentos. Entretanto, de acordo com estudos realizados por Huang e Janczura, sobre “Processos conscientes e inconscientes na produção de falsas memórias”, as ‘certezas conscientes’, por parte das testemunhas, podem estar atreladas à quantidade de vezes ou repetições que aquela memória foi ativada,⁶⁹ visto que “as informações repetidas tendem a ser mais resistentes ao esquecimento, bem como à falsificação na memória”.⁷⁰

Considerando a pluralidade de elementos atrelados à implantação de falsas memórias, faz-se necessário extrema cautela no momento de judicializar tais questões, com análise detalhada dos fatos, a fim de não provocar injustiça devido a equívocos. Isso porque tais questões, quando atreladas ao contexto de Alienação Parental, podem suscitar, inclusive, acusação de abuso sexual e, como tal, podem repercutir em “colaboração inadvertida de operadores do direito

⁶⁷ WELTER, Carmen Lisboa Weingärtner; FEIX, Leandro da Fonte. Falsas memórias, sugestiobanilidade e testemunho infantil. In: STEIN, Lilian Milnitsky e cols. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 159.

⁶⁸ WAQUIM, Bruna Barbieri. Alienação parental: entre o direito e a psicologia. **Revista dos Tribunais**. [S.l.], v. 939, jan. 2014, p. 65. Disponível em: <<http://www.revistados-tribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad6007a0000015139976d2fb90425e1&docguid=ld6e5cc00744011e39d7c0100000000000&hitguid=ld6e5cc00744011e39d7c0100000000000&spos=7&epos=7&td=159&context=5&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 24 nov. 2015, p. 70.

⁶⁹ HUANG, Tin Po; JANCZURA, Gerson Américo. Processos conscientes e inconscientes na produção de falsas memórias. **Psicologia: teoria e pesquisa**. Brasília, v. 24, n. 3, jul.-set. 2008. p. 347-354. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0102-37722008000300011&script=sci_arttext>. Acesso em: 03 nov. 2015, p. 353.

⁷⁰ NEUFELD, Carmem Beatriz *et al.* O efeito do alerta emocional na qualidade da memória. **Estudos de Psicologia**, Campinas, jul.-set. 2013. p. 337-344. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/estpsi/v30n3/v30n3a03.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2015, p. 343.

e de profissionais da saúde”.⁷¹ No que se refere a falsas memórias e ao processo de Alienação Parental, cabe destacar o entendimento de Duarte de que o alienador procura influenciar os menores “a acreditarem em suas crenças”, impressionando-se de forma que se sintam com medo do suposto alienador, o que repercute em falsas memórias, “ou seja, eles passam a acreditar nas falas mentirosas dos alienadores que têm o poder e representam autoridade para aqueles que aceitam suas informações como verdades absolutas”.⁷²

Ademais, ao tratar do processo de recordar, é importante considerar tanto as competências da criança quanto as vulnerabilidades, conforme já mencionado. E, nesse contexto, importante destacar, novamente, o quanto a forma com que as crianças são questionadas interfere na qualidade da memória e dos seus relatos. Tem-se o testemunho de crianças como um tema muito sério e complexo, que deve envolver diferentes áreas de conhecimento (como Direito, Psicologia, Psiquiatria, entre outros) em sua discussão tanto técnica quanto científica. Considerado sobre o aspecto legal, o testemunho de crianças é, muitas vezes, uma necessidade e também a única forma de obter evidências sobre um crime. Contudo, juridicamente, não basta recordar o que aconteceu; é essencial entender se os fatos narrados correspondem, de fato, ao que ocorreu. Sob o ponto de vista psicológico, o testemunho de crianças é possível, mas exige conhecimento e técnicas específicas por parte do entrevistador, tanto de entrevista investigativa quanto sobre o funcionamento da memória.⁷³

Existe muito a ser investigado quanto ao assunto das falsas memórias, visto que é um tema recente no Brasil, evidenciando-se, com isso, que ainda deixa uma série de dúvidas e falta de consenso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo teve como objetivo abordar aspectos jurídicos e psicológicos da alienação parental e das falsas memórias, objetivando considerar suas implicações na vida de crianças e adolescentes. Para tanto, tinha-se como hipótese que o Estado, representado unicamente pelo Judiciário, pudesse não ter

⁷¹ TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito*. 7. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, 218.

⁷² DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. Qual a posição da criança envolvida em denúncias de abuso sexual quando o litígio familiar culmina em situações de alienação parental: inocente, vítima ou sedutora? In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e Alienação Parental: realidades que a justiça insiste em não ver*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 112.

⁷³ WELTER, Carmen Lisboa Weingärtner; FEIX, Leandro da Fonte. Falsas memórias, sugestiobanilidade e testemunho infantil. In: STEIN, Lilian Milnitsky e cols. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 159 e 180.

conhecimento suficiente, e, com isso, não conseguiria intervir, de forma unilateral e eficaz, diante de casos de Alienação Parental, fundamentalmente quando envolvesse falsas memórias.

Com base na pesquisa empreendida, percebe-se que, embora a discussão sobre a Alienação Parental ainda seja relativamente recente, significativas proposições e legislações vêm sendo instituídas, as quais envolvem tanto o Judiciário quanto a possibilidade de intervenção e/ou avaliação multidisciplinar. Identificou-se que, embora a Lei da Guarda Compartilhada venha sendo tida como uma evolução em relação ao direito de convívio com ambos os pais, na prática, ainda se questiona o quanto é possível uma divisão igualitária, que considere os reais interesses e as necessidades dos infantes, bem como a efetiva viabilidade desse compartilhamento, em meio às rotinas do menor.

Tem-se que processo de Alienação Parental ocorre quando um dos cuidadores da criança, que pode ou não ser seu genitor, normalmente por ciúmes e/ou por uma situação de perda/separação, começa a influenciar a criança de modo que ela não queira mais ter contato com o outro genitor ou cuidador. Utiliza-se, para isso, das mais diferentes ações, como impedir ou dificultar visitas, de tal forma que, com o afastamento do outro, a criança ou o adolescente passam a acreditar que, de fato, o genitor está afastado e que “não lhe quer mais”. Para não perder a referência que lhe resta, assim como o amor e o cuidado de quem ainda está com ele, o menor, comumente, torna-se fiel ao alienador, incorpora o não querer ver e ter contato com o outro, com receio de perder ambos, visto que é ameaçado por quem o cuida e fica com a sensação de lhe dever afeto exclusivo. Nesse contexto, identifica-se que ocorre a Síndrome da Alienação Parental, ou seja, a criança passa a falar e agir acreditando no que lhe foi dito como sendo um sentimento e uma decisão sua.

Em relação às falsas memórias, embora estudos tenham sido realizados correlacionando características de personalidade e fases do desenvolvimento com a distorção e a construção de falsas memórias, tal análise ainda precisa ser mais explorada. Percebe-se que as falsas memórias têm sido atreladas aos casos de Alienação, assim como a análise das consequências decorrentes de tal processo. Mas, evidencia-se, também, que tais estudos ainda são relativamente recentes, essencialmente no que se refere à dificuldade de identificação da veracidade ou não das informações prestadas, e têm exigido, comumente, perícia e intervenção de outros profissionais, como médicos, assistentes sociais e psicólogos, para além do Judiciário. Ademais, considerando a proposição do presente trabalho, que, entre outros objetivos, propôs-se a correlacionar as falsas memórias aos casos de Alienação Parental, entende-se necessário levar em conta a carga emocional vinculada tanto ao evento quanto no momento em que tais memórias estão sendo buscadas, visto que pode influenciar na forma de recordar. E, é o que acontece, principalmente, quando se faz referência a crianças e a pessoas com quem ela está direta e emocionalmente envolvida, que são seus cuidadores. Não parece haver concordância com a possibilidade de as crianças e os adolescentes serem mais suscetíveis à implantação de falsas memórias,

mas é mais evidente que a forma com que as crianças são questionadas pode influenciar em suas percepções e respostas. Por isso, salienta-se, mais uma vez, a importância de uma intervenção adequada, envolvendo profissionais especialistas em desenvolvimento, intervenção e análise infantil, assim como do contexto familiar.

Acredita-se que o processo de condenação ou não nos casos que envolvem Alienação Parental é extremamente complexo e de repercussões cruciais, pois, se, de um lado, muitos podem ser punidos injustamente, em outros casos, as crianças podem ser vítimas e não ser ouvidas a ponto de ser realizada uma intervenção efetiva. Entende-se que o Direito seja, sim, a forma elementar de garantir a convivência e a proteção dos infantes, mas, conforme previsto em legislação, não pode ser a única ou majoritária forma de intervenção, considerando a gravidade dos riscos envolvidos em casos da veracidade ou não das suposições alegadas. Embora se percebam avanços relacionados à atuação interdisciplinar, acredita-se que ainda existem muitos desafios e necessidades, no sentido de realizar um trabalho, de fato integrado, entre as diferentes áreas do conhecimento, como a Psicologia e o Direito, de modo a proporcionar intervenções e resultados melhores e mais efetivos. Pois identifica-se, ainda, que a proposição e a identificação da necessidade ou não de trabalho conjunto com outras áreas ainda estão atreladas, quase que exclusivamente, à análise do juízo do caso em questão, e o mesmo ocorre para a definição da penalidade adequada. Por isso, entende-se oportuna a ampliação de tais estudos e, essencialmente, de formas de aplicabilidade diante do que se percebe e se propõe como necessidade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas. *Paidéia*, Uberlândia, v. 17, n. 36, 2007. p. 45-56. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-863X2007000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 jun. 2015.

AMATO, Gabriela Cruz. **Alienação parental**: uma discussão a partir dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. 2014. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC-RS, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/5803/1/000457607-Texto%2bParcial-o.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de; TELLES, Lisieux e. de Borba; DAY, Vivian Peres. A alienação parental à luz do direito da criança. *Revista de Direito da Infância e Juventude*. [S.l.], v. 1, jan. 2013, p. 83. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=r&srguid=ioad6007a0000015139976d2fb90425e1&docguid=lbf6494b0e5fe11e284d2010000000000&hitguid=lbf6494b0e5fe11e284d2010000000000&spos=4&epos=4&td=159&context=5&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

BARBOSA, Maria Claudia Jardini. **As práticas de Alienação Parental e o papel do Estado-Juiz para coibi-las**. 2013. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Franca, 2013. Disponível em: <<http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/115629/000808764.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 14 out. 2015.

BRASIL. Presidente da República. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 23 out. 2015.

CARVALHO, Thayro Andrade. **Alienação Parental**: uma explicação pautada em traços de personalidade e nos valores humanos. 2015. 192 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2015. Disponível em: <<http://tede.biblioteca.ufpb.br:8080/bitstream/tede/7512/2/arquivototal.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2015.

DAMIANI, Fabiana da Motta. **Características de estrutura de personalidade de pais, mães e crianças envolvidas no fenômeno da Alienação Parental**. 2012. 80 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Clínica) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS, São Leopoldo, 2012. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3942/34.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 14 out. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Incesto e Alienação Parental: realidades que a justiça insiste em não ver**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ENGELMANN, Fernanda. **SAP – Síndrome da Alienação Parental**. Blumenau: 3 de Maio Ltda., 2015.

GONÇALVES, Antonio Baptista. O alerta das consequências da Síndrome da Alienação Parental para as crianças e adolescentes. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**. [S.l.], v. 4, jul.-dez. 2014, p. 309-343. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007a0000015139976d2fb90425e1&docguid=lff16eb40810111e4bfd301000000000&hitguid=lff16eb40810111e4bfd301000000000&spos=11&epos=11&td=159&context=5&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HUANG, Tin Po; JANCZURA, Gerson Américo. Processos conscientes e inconscientes na produção de falsas memórias. **Psicologia: teoria e pesquisa**. Brasília, v. 24, n. 3, jul.-set. 2008. p. 347-354. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0102-37722008000300011&script=sci_arttext>. Acesso em: 03 nov. 2015.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Alienação Parental: a tragédia revisitada. **Revista de Direito de Família e Sucessões**. [S.l.], v. 1, jul.-set. 2014, p. 61-81. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007a0000015139976d2fb90425e1&docguid=l657ac1a01f8611e4bd0001000000000&hitguid=l657ac1a01f8611e4bd0001000000000&spos=12&epos=12&td=159&context=5&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. (Coords.). **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2015.

MELO, Ana Katarina Leimig Saraiva de. **Síndrome de Alienação Parental**: um estudo através do olhar de psicólogos e assistentes sociais peritos. 2013. 90 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Clínica) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia Clínica, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2013. Disponível em: <http://www.unicap.br/tede//tede_busca/arquivo.php?codArquivo=916>. Acesso em: 17 nov. 2015.

MICHAELIS. Dicionário de português online. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=mnem%F4nico>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

MOREIRA, Lúcia Vaz de Campos. (Org.). *Psicologia, família e direito: interfaces e conexões*. Curitiba: Juruá, 2013.

NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. O efeito da sugestão de falsa informação para eventos emocionais: quão suscetíveis são nossas memórias? **Psicologia em Estudo**, Maringá, v. 13, n. 3, jul.-set. 2008. p. 539-547. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722008000300015>. Acesso em: 03 nov. 2015.

NEUFELD, Carmen Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; SILVA, Marcelle Thays Gomes da. Investigação da memória em crianças em idades escolar e pré-escolar. **Psicologia em estudo**, Maringá, v. 16, n. 1, mar. 2011. p. 123-130. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-73722011000100014&script=sci_arttext>. Acesso em: 03 nov. 2015.

NEUFELD, Carmen Beatriz et al. Falsas memórias e diferenças individuais: um estudo sobre fatores de personalidade e qualidade da memória. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, Porto Alegre, v. 26, n. 2, 2013. p. 319-326. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0102-79722013000200012&script=sci_arttext>. Acesso em: 03 nov. 2015.

NEUFELD, Carmem Beatriz et al. O efeito do alerta emocional na qualidade da memória. **Estudos de Psicologia**, Campinas, jul.-set. 2013. p. 337-344. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/estpsi/v30n3/v30n3a03.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2015.

OLIVEIRA, Mário Henrique Castanho Prado de. **A alienação parental como forma de abuso à criança e ao adolescente**. 2012. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <[file:///G:/Direito%202015/Mono/dissertacao_INTEGRAL_mario_h_castanho_DIREITO_USP_2012%20\(1\).pdf](file:///G:/Direito%202015/Mono/dissertacao_INTEGRAL_mario_h_castanho_DIREITO_USP_2012%20(1).pdf)>. Acesso em: 14 out. 2015.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013. Disponível em: <<http://www.feevale.br/Comum/midias/8807f05a-14d0-4d5b-b1ad-1538f3aef538/E-book%20Metodologia%20do%20Trabalho%20Cientifico.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2014.

SILVA, Cristina Martins Cunha da. **Compreender para intervir**: um estudo sobre a prática alienativa nas Varas de Família. 2011. 225 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2011. Disponível em: <http://www.bdt.d.ufu.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=3430>. Acesso em: 14 out. 2015.

SOUZA, Juliana Rodrigues de. **Alienação Parental sob a perspectiva do direito à convivência familiar**. São Paulo: Mundo Jurídico, 2014.

STEIN, Lilian Milnitsky e cols. **Falsas memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

TRINDADE, Jorge. Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito. 7. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

WAQUIM, Bruna Barbieri. Alienação parental: entre o direito e a psicologia. Revista dos Tribunais. [S.l.], v. 939, jan. 2014, p. 65. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007a0000015139976d2fb90425e1&docguid=Id6e5cc00744011e39d7c01000000000&hitguid=Id6e5cc00744011e39d7c01000000000&spos=7&epos=7&td=159&context=5&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

WILBERT, Juciméri Silvia Machado; MENEZES, Scheila Beatriz Sehnem de. Falsas memórias: o pecado da atribuição errada. **Unoesc & Ciência – ACSA**, Joaçaba, v. 2, n. 1, jan.-jun. 2011. p. 67-74. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/acsa/article/viewFile/567/pdf_155>. Acesso em: 16 set. 2015.

os desastres ambientais e a gestão dos riscos de acordo com a lei da política nacional de proteção e defesa civil

Silvana Berenice Bazzan Machado

Bacharel em Direito pela Universidade Feevale.
E-mail: silisavic@hotmail.com.

Ana Paula Atz

Doutoranda e Mestre em Direito Público
pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos –
UNISINOS. Professora do Curso de Direito da
Universidade FEEVALE. Advogada. E-mail:
anapaulaatz@feevale.br.

INTRODUÇÃO

O presente artigo envolve a temática do Direito Ambiental, analisando-se os desastres ambientais e a gestão dos riscos com base na Lei nº 12.608/2012, que instituiu a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil. Dessa forma, através da exposição de dados científicos, o artigo busca explorar de que modo a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – que versa sobre a gestão dos riscos – pode ser aplicada para prevenir, mitigar ou recuperar áreas suscetíveis ou assoladas por desastres ambientais.

Traça-se, deste modo, uma linha cronológica da evolução da conscientização do Homem acerca da preservação ambiental, introduzindo-se, após, uma discussão sobre a temática das mudanças climáticas dentro da seara jurídica, uma vez que a exploração humana irresponsável de recursos naturais é o principal fomentador do aquecimento global.

Quanto aos desastres ambientais, o artigo analisa a percepção dos mesmos por parte da sociedade, do Direito e do aparato governamental, realizando um estudo acerca da elaboração de um modelo de gestão de riscos, destacando o papel crucial do surgimento da sociedade de risco na degradação do meio ambiente e nos consequentes desastres naturais.

Define-se, no que tange ao cenário brasileiro, os instrumentos existentes para gerenciamento dos riscos de desastres ambientais. Estuda-se, também, a governança dos riscos de desastres prevista na Lei da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, utilizando como exemplo de falha na gestão dos riscos o evento ocorrido no Vale do Itajaí, em novembro de 2008.

Para a elaboração deste artigo, utilizaram-se os níveis de pesquisa exploratório e descritivo, valendo-se do método dedutivo como método de abordagem e da pesquisa bibliográfica e documental como técnica de pesquisa.

Quanto à temática deste artigo, ela se torna pertinente pois, tomando-se por exemplo o caso ocorrido em 2008 no Vale do Itajaí, as inundações e deslizamentos na área mostraram-se recorrentes e previsíveis, uma vez que ocorrem periodicamente desde a colonização da região. No entanto, apesar da previsibilidade de tais eventos e da adoção, por parte do Poder Público, de medidas estruturais e não estruturais com o objetivo de evitar e/ou dirimir as consequências de desastres ambientais, estes continuam ocorrendo.

Em razão disso, o presente artigo cumpre o relevante papel social de despertar na população, bem como nos entes governamentais e na defesa civil, a real importância da implementação de planos de prevenção, ao invés de aguardarem a ocorrência de uma catástrofe para dar início a ações de defesa,

aproveitando a época de normalidade para equipar-se e aperfeiçoar-se, avaliando a vulnerabilidade de cada região, visando, dessa forma, a preparar as comunidades para estas situações e minimizar suas consequências desastrosas.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA PRESERVAÇÃO AMBIENTAL

A ideia de preservação ambiental propriamente dita passa a existir a partir do momento em que o homem se conscientiza de que a degeneração dos recursos naturais interfere diretamente na sua qualidade de vida.¹

Para Maria Luiza Machado Granziera, a natureza, desde os primórdios, sempre foi para o homem algo a ser conquistado: é característica intrínseca à raça humana a manifestação de um grande potencial para se adaptar e enfrentar adversidades e ambientes hostis, utilizando-se de todos os recursos naturais disponíveis. Para a autora, esta forma de agir faz com que o homem domine a natureza e a explore em benefício próprio, sem denotar qualquer preocupação com os eventuais danos causados: “conquistar a natureza foi a única saída para esse frágil ser, exposto às intempéries, à cadeia alimentar e aos limites de sua força física, no desespero de proteger as futuras gerações”.²

As consequências desta transformação produtiva foram sentidas não só na área rural como também no meio urbano, o que acabou por dar início, no final do século XVIII e estendendo-se até meados do século XX, à Revolução Industrial – onde o objetivo principal da humanidade se relaciona à busca pelo desenvolvimento econômico, não demonstrando nenhuma preocupação com a degradação ambiental.³

A partir da constituição, em 1945, das Organizações das Nações Unidas (ONU), é que o Direito Internacional do Meio Ambiente atinge seu objetivo diplomático a nível mundial, onde todos os problemas ambientais a nível internacional passam a ser discutidos em sua Assembleia Geral.⁴

Entretanto, a percepção dos danos causados ao meio ambiente começa a ser observada efetivamente somente a partir de 1960, quando surgem os primeiros indícios de desequilíbrio ambiental, o que acaba por despertar na humanidade o instinto de que algo precisa ser feito para reduzir tais efeitos.⁵

¹ REISEWITZ, Lúcia. *Direito Ambiental e Patrimônio Cultural*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 13.

² GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 22.

³ MULLER, 2007, apud. BETIOL, Luciana Stocco. *Responsabilidade Civil e Proteção ao Meio Ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 3

⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 992.

⁵ BETIOL, Luciana Stocco. *Responsabilidade Civil e Proteção ao Meio Ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 3.

Nesse sentido, de acordo com Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, as palavras do Embaixador Miguel Osório de Almeida:

Se toda a poluição gerada pelos países industrializados pudesse ser retirada do mundo, a poluição mundial seria quase insignificante; ao contrário, se toda poluição atribuível diretamente a atividades em países subdesenvolvidos pudesse ser retirada hoje do mundo, todos os perigos ligados à poluição continuariam a existir com praticamente a mesma intensidade.⁶

Atrelada à discussão do desequilíbrio ambiental, está a temática dos princípios da precaução e prevenção: para Alexandra Aragão, “o princípio da precaução funciona como uma espécie de princípio *in dubio pro ambiente*” – ou seja, na incerteza dos riscos de determinada atividade, a decisão deve preservar o ambiente em detrimento do potencial poluidor.⁷ O princípio da prevenção, por sua vez, segundo a ótica de Paulo de Bessa Antunes, não se confunde com a questão da precaução, uma vez que o princípio da prevenção está relacionado aos impactos ambientais já conhecidos pela ciência, servindo de base, então, para o licenciamento ambiental e para o estudo de impactos futuros, visando a diminuir a incidência de danos ambientais em atividades reconhecidamente perigosas.⁸

Ainda acerca da distinção entre prevenção e precaução, Cristiane Derani assevera que “precaução ambiental é necessariamente modificação do modo de desenvolvimento da atividade econômica”, buscando, para tanto, evitar riscos ambientais no tempo e no espaço, através da adoção de políticas públicas de proteção ambiental que atendem para a questão dos perigos iminentes relacionados a estas atividades, afastando estes perigos e gerando consequentemente segurança para as futuras gerações.⁹

⁶ ALMEIDA, 1971, *apud* SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito Ambiental Internacional**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Thex, 2002, p. 30.

⁷ ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do Ambiente da União Européia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (Org). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 70-71.

⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 16. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 48.

⁹ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 150-153.

2 O DIREITO AMBIENTAL E AS MUDANÇAS CLIMÁTICAS

Com base nos estudos mais recentes acerca de mudança climática – realizados pelo Painel Intergovernamental sobre Mudança Climática - IPCC¹⁰ –, comprova-se que o aquecimento climático é inegável e está relacionado, principalmente, ao aumento da temperatura na superfície da terra. Conforme Augusto de La Torre, Pablo Fajnzylber e John Nash, este fenômeno tem como principal causa o aumento da concentração de gases do efeito estufa (GEE) na atmosfera, causado por ações humanas.¹¹

Para o estudo das mudanças climáticas, é de significativa importância, segundo Guilherme José Purvin de Figueiredo, a compreensão do que se trata efetivamente o efeito estufa, desmistificando o papel exclusivo de vilão, tendo em vista que, em quantidades equilibradas, este fenômeno é responsável por manter o equilíbrio da temperatura global, viabilizando a vida na terra.¹²

No entendimento de Anthony Giddens, o IPCC é o órgão mais habilitado para analisar as questões relacionadas a mudanças climáticas, norteando suas pesquisas com base em estudos e mapeamentos de dados científicos, viabilizando e estimulando a reflexão mundial no que se refere às desastrosas consequências do aquecimento global. Salienta o autor que o Painel Intergovernamental sobre Mudança Climática baseia seus estudos em seis diferentes cenários futuros, relacionados ao crescimento econômico, à disponibilidade de recursos, ao crescimento populacional, ao desenvolvimento de novas tecnologias com reduzida emissão de carbono e ao fortalecimento das diferenças regionais.¹³

Para Édis Milaré, as alterações na temperatura global são responsáveis pela extinção de várias espécies vivas da biosfera terrestre, estando este fenômeno diretamente ligado à exploração irresponsável dos recursos naturais, despertando o interesse de cientistas e estudiosos do assunto preocupados com a continuidade da vida na terra. Assim, para atender ao desenvolvimento socioeconômico, associado ao significativo crescimento populacional, os Estados, na visão do autor, têm explorado de forma irracional os recursos naturais, consumindo uma sobrecarga de energia, principalmente de combustíveis

¹⁰ A sigla IPCC refere-se à versão inglesa, *Intergovernmental Panel on Climate Change*. In: TORRE, Augusto de; FAJNZYLBER, Pablo; NASH, John. **Desenvolvimento com menos carbono: respostas da América Latina ao desafio da mudança climática**. Tradução Banco Mundial. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 1.

¹¹ TORRE, Augusto de; FAJNZYLBER, Pablo; NASH, John. **Desenvolvimento com menos carbono: respostas da América Latina ao desafio da mudança climática**. Tradução Banco Mundial. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 1.

¹² FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de Direito Ambiental**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 568.

¹³ GIDDENS, Anthony. **A Política da Mudança Climática**. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 41.

fósseis, e produzindo, em contrapartida, uma enorme quantidade de resíduos, que na maioria dos casos são despejados no meio ambiente sem qualquer tipo de tratamento.¹⁴

Segundo Augusto de La Torre, Pablo Fajnzylber e John Nash, com base em estudo desenvolvido pelo IPCC, é possível projetar que os gases de efeito estufa terão um crescimento de até 90% no período de 2000 a 2030, caso as políticas de minoração das mudanças climáticas não sejam efetivadas¹⁵. Para os autores, dentro deste panorama, a temperatura mundial sofreria um acréscimo de 1,7°C até 2050, e de 4°C até 2100. Todavia, nos últimos anos as emissões de GEE já excederam os prognósticos mais pessimistas do Painel Intergovernamental de Mudança Climática, o que permite afirmar que a temperatura mundial deverá atingir índices superiores aos anteriormente previstos.¹⁶

Estes temas, segundo Guilherme José Purvin de Figueiredo, foram abundantemente debatidos na ECO-92, oportunidade em que foi lavrada a Convenção sobre Mudanças Climáticas (CMC).¹⁷

Anthony Giddens, por sua vez, ressalta que o primeiro levantamento realizado pelo IPCC com relação à situação da mudança climática a nível mundial ocorre no ano de 1990, fazendo parte dos preparativos da ECO-92, e é responsável por introduzir, em um primeiro momento, a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas.¹⁸

¹⁴ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: A Gestão Ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 809-810.

¹⁵ Em dezembro de 2015, durante a Convenção-Quadro sobre Mudança do Clima, realizou-se a 21ª sessão da Conferência das Partes, que resultou na adoção do Acordo de Paris, com assinatura oficial em abril de 2016. Este acordo surpreende por ser o primeiro pacto a versar sobre alterações climáticas desde o Protocolo de Kyoto, com os países signatários assumindo real comprometimento com a redução da emissão dos gases causadores do efeito estufa. Para isso, propôs-se significativa redução no uso de combustíveis fósseis, tanto para nações desenvolvidas quanto para nações em processo de desenvolvimento, de modo a limitar o aumento da temperatura global a, no máximo, 1,5°C. Todavia, cabe ressaltar que as metas de redução de gases de efeito estufa para cada país são voluntárias – ou seja, estabelecidas pelos governos de cada nação –, fato que retira grande parte da efetividade do Acordo. Mesmo assim, o Acordo de Paris é um documento de merecida relevância internacional, principalmente porque Estados Unidos, China e Índia, relutantes conhecidos no que tange à assinatura de convenções a respeito da mudança climática, deram sua anuência e tornaram-se signatários. LEITE, Marcelo; COLON, Leandro. Países assinam acordo inédito para conter aquecimento global. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 12 dez. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/12/1718310-franca-apresenta-proposta-para-cop21-selar-acordo.shtml>>. Acesso em: 31 mai. 2016.

¹⁶ TORRE, Augusto de; FAJNZYLBBER, Pablo; NASH, John. *Desenvolvimento com menos carbono: respostas da América Latina ao desafio da mudança climática*. Tradução Banco Mundial. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 3.

¹⁷ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Curso de Direito Ambiental*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 569.

¹⁸ GIDDENS, Anthony. *A Política da Mudança Climática*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 230.

De acordo com Maria Luiza Machado Granziera, no que tange a esta Convenção-Quadro, “os princípios básicos da convenção são o desenvolvimento sustentável, a responsabilidade comum, porém diferenciada; e a precaução.” Para a autora, por tratar-se de uma convenção-quadro, não apresenta a descrição dos aspectos necessários para uma eficaz redução dos gases de efeito estufa; além disso, seus Estados participantes apenas pactuam compromissos coletivos.¹⁹

Édis Milaré aduz que os resultados práticos da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas só são efetivamente conhecidos no ano de 1997, após a Conferência das Partes, quando então é firmado o Protocolo de Kyoto. Este documento, do qual o Brasil é signatário, é, sem dúvida, o instrumento mais amplo e preciso a conduzir as questões relativas à mudança global do clima, principalmente na busca de Mecanismos de Desenvolvimento Limpo (MDL)”, assim denominados por buscarem a redução das emissões de dióxido de carbono e metano.²⁰

Ainda segundo o autor, apesar do Protocolo de Kyoto ter sido aberto para assinatura em 1998, o mesmo só entraria em vigor em 2005, quando passaram a vigor as diretrizes e obrigações dos Estados-partes, sendo estas proporcionais aos índices de emissão dos gases de efeito estufa de cada país.²¹

Importante salientar que, na visão de Maria Luiza Machado Granziera, o Protocolo impôs obrigações apenas aos países desenvolvidos; os países em desenvolvimento, em contrapartida, como é o caso do Brasil, apenas reafirmaram o compromisso assumido quando da assinatura da Convenção – ou seja, participaram somente do programa de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL).²²

Em razão do Protocolo de Kyoto, o Brasil instituiu, através da Lei nº 12.187/09, a Política Nacional sobre Mudança Climática (PNMC).²³ Tal Política visava à implantação de um plano de economia de baixo consumo de carbono, relativo à distribuição de energia elétrica, de transporte público de pessoas, transporte de cargas, na indústria da construção civil, na mineração, na indústria de papel e celulose, na agropecuária e no serviço de saúde – dentre outras atividades –, a fim de atender gradativamente às metas de redução de emissão de gases de efeito estufa.²⁴

¹⁹ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 343-344.

²⁰ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: A Gestão Ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 812.

²¹ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: A gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1546.

²² GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 343.

²³ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: A gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 822.

²⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1284.

Dessa forma, importante salientar o entendimento de Édis Milaré, para o qual as mudanças climáticas ostentam uma aparência própria e particular associadas à situação dos Estados e dos Municípios, tendo em vista especificidades ecológicas, socioeconômicas, fator energético, agricultura e pecuária, densidade demográfica e urbanização e fatores culturais. Por isso, segundo o autor, é necessário dimensionar, para a implantação da PNMC, qual a contribuição de cada região nas questões relacionadas ao desmatamento, à produção de gases de efeito estufa, ao consumo de energia, ao reflorestamento e conservação de florestas e a produção e descarte de resíduos.²⁵

3 A TEORIA DO RISCO NA SOCIEDADE INDUSTRIAL E PÓS-INDUSTRIAL

Os desastres ambientais têm se tornado frequentes no mundo contemporâneo. De intensidades cada vez mais avassaladoras, têm despertado no meio governamental de vários países a necessidade da criação de estruturas jurídicas voltadas especificamente a sua prevenção e atendimento emergencial sistematizado. No entendimento de Délton Winter de Carvalho, faz-se necessário expor de forma clara e específica o papel do Direito neste cenário através da elaboração de um modelo de gestão dos riscos, estabelecendo-se a forma de ação do Estado frente ao caso concreto, definindo-se as características específicas e a estrutura funcional associada à especificidade de cada evento.²⁶

Para Ulrich Beck, o conceito de Sociedade de Risco indica, de modo genérico, uma fase do desenvolvimento da sociedade contemporânea em que o êxito da modernização industrial passa a acarretar efeitos colaterais imponderáveis, reconhecidos como os responsáveis por destruições e danos relacionados não só ao meio ambiente, mas também à economia, à política e ao indivíduo. Para o autor, a sociedade de risco evidencia-se por uma indefinição expressa, onde o avanço técnico e econômico não necessariamente condiz com o progresso social. Dessa forma, o conceito de sociedade de risco está diretamente relacionado com o conceito de globalização, pois os riscos são democráticos, atingindo estados e classes sociais, desrespeitando todos os tipos de fronteiras. O decurso relativo a essas transformações é ambíguo, e o mundo passa a conviver com situações diversas, que vão desde o aumento da pobreza em massa,

²⁵ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: A gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 837.

²⁶ CARVALHO, Délton Winter de. Bases estruturantes da política nacional de proteção e defesa civil a partir de um direito dos desastres ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, v. 72, out - dez 2013. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007a00000150ceaa6d3e82e1ae76&docguid=I5328e8602fdb11e-3a16101000000000&hitguid=I5328e8602fdb11e3a16101000000000&spos=2&epos=2&td=16&context=9&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 03 nov. 2015.

crises econômicas, fundamentalismo religioso, má distribuição de riqueza no planeta, catástrofes ecológicas e tecnológicas, tecnificação rápida até o aumento da segurança no emprego.²⁷

A instituição dessa sociedade de risco, alicerçada na era pós-industrial²⁸, é responsável por delimitar a produção e distribuição de espécies de riscos contemporâneos, distintos daqueles característicos da era industrial. Para Delton Winter de Carvalho, apoiado no entendimento de Ulrich Beck, enquanto a sociedade industrial se constituiu em classes sociais e tinha, por natureza, o compartilhamento da riqueza e dos riscos entre grupos sociais determinados – sejam eles benéficos ou prejudiciais –, a sociedade pós-industrial tem como peculiaridade a distribuição dos riscos indistintamente entre todas as classes sociais. Essa situação, para o autor, é responsável por estabelecer duas espécies de riscos: “[...] de um lado, os riscos concretos, característicos de uma formação social de natureza industrial, e, de outro, os riscos invisíveis ou abstratos, inerentes à sociedade de risco (ou pós-industrial)”.²⁹

Na visão de José Rubens Morato Leite e Germana Parente Neiva Belchior, não há que se falar em desastres ambientais sem adentrar na questão da sociedade de risco, pois se administrar os riscos ambientais previsíveis em função da degradação ambiental e das mudanças climáticas já se apresenta uma tarefa bastante difícil, que dirá administrar riscos imprevisíveis, em abstrato, em decorrência das incertezas científicas. Comprovadamente, a sociedade pós-moderna gera riscos passíveis de controle e outros que fogem às formas de controle convencionais da sociedade industrial, o que impossibilita que se mensurem os riscos e as contendas a que o século XXI se vê submetido.³⁰

Para José Rubens Morato Leite, a Teoria da Sociedade de Risco preconizada por Ulrich Beck é responsável pela materialização das ameaças originadas nos moldes econômicos da sociedade industrial. Esta teoria, para o autor, “[...] representa a tomada de consciência do esgotamento de produção, sendo esta marcada pelo risco permanente de desastres e catástrofes”, definindo-se como sociedade de risco aquela que está na iminência de uma catástrofe ambiental

²⁷ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 43-44.

²⁸ “A título de delimitação, pode-se dizer que a sociedade pós-industrial nasceu com a Segunda Guerra Mundial, a partir do aumento da comunicação entre os povos, com a difusão de novas tecnologias e com a mudança da base econômica. Um tipo de sociedade já não baseada na produção agrícola, nem na indústria, mas na produção de informação, serviços, símbolos (semiótica) e estética. A sociedade pós-industrial provém de um conjunto de situações provocadas pelo advento da indústria, tais como o aumento da vida média da população, o desenvolvimento tecnológico, a difusão da escolarização e difusão da mídia.” In: LUCCI, Elian Alabi. *A Era Pós-Industrial, a Sociedade do Conhecimento e a Educação para o pensar*. São Paulo: Saraiva, 2008. Disponível em: <http://www.del.ufrj.br/~fmello/eraposindustrial>. Acesso em 10 nov. 2015.

²⁹ CARVALHO, Délton Winter de. *Dano Ambiental Futuro: A responsabilização Civil pelo risco ambiental*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 72-73.

³⁰ LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Dano Ambiental na Sociedade de Risco: Uma Visão Introdutória. In: FERREIRA, Helene Sivini; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. (Org). *Dano Ambiental na Sociedade de Risco*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 15.

em função do seu constante crescimento econômico, passando de uma sociedade industrial para uma sociedade de risco. Neste sentido, ainda para José Rubens Morato Leite, a discussão premente se refere à determinação de meios eficazes a controlar e orientar este desenvolvimento com o estabelecimento de novos padrões de responsabilidade voltados às limitações científicas quanto à possibilidade de prever, quantificar e determinar os danos ambientais correlatos.³¹

Júlia S. Guivant, baseada na teoria de risco de Ulrich Beck, aponta serem três os tipos de ameaças globais inter-relacionadas: primeiro, as que dizem respeito à destruição ecológica resultante do progresso industrial, tendo como exemplos, na temática atual, o efeito estufa, o buraco na camada de ozônio e os riscos relacionados à engenharia genética; segundo, as ameaças relacionadas diretamente à pobreza humana, às deficiências habitacionais, alimentares, energéticas, industriais, abrangendo também a diversidade genética e a extinção de espécies; e, em terceiro lugar, as ameaças resultantes das armas de destruição de massas, que elevam seu potencial destrutivo quando associadas ao fundamentalismo e ao terrorismo. De acordo com a autora, “o relevante desta classificação é mostrar que não existem riscos globais como tais, mas que eles estão permeados por conflitos em torno de questões étnicas, nacionais e de recursos [...]”.³²

Buscando exemplificar os riscos industriais e os riscos pós-industriais, Délton Winter de Carvalho aduz que os riscos industriais, também denominados como riscos concretos, são aqueles em que é possível a determinação de causas e consequências relacionadas a situações específicas. Já os riscos pós-industriais, também conhecidos como riscos abstratos, são demarcados por três características distintas ligadas a sua transtemporalidade, a sua globalidade e a sua invisibilidade.³³

No parecer de Patryck de Araújo Ayala, o papel dos governos frente à gestão dos riscos de desastres torna-se, então, uma tarefa bastante difícil, uma vez que se trata de problemas distintos e que exigem a instituição de políticas com objetivos e planos de ação específicos, utilizando-se de instrumentos compatíveis à sociedade moderna na busca do controle social e jurídico dos riscos globais. Assim, “os governos das sociedades contemporâneas convivem hoje com uma extensa e complexa rede de conflitos que relacionam problemas de diversas ordens e qualidades diferenciadas de crises”.³⁴

³¹ LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (Org). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 157-158.

³² GUIVANT, Júlia S. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. **Estudos Sociedade e Agricultura**, abr 2001. Disponível em: <http://r1.ufrjr.br/esa/V2/ojs/index.php/esa/article/view/188>. Acesso em 17 nov. 2015.

³³ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização Civil pelo risco ambiental**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013, p.73.

³⁴ AYALA, Patryck de Araújo. A proteção Jurídica das Futuras Gerações na Sociedade do Risco Global: O Direito ao Futuro na Ordem Constitucional Brasileira. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri. (Org). **Estado de Direito Ambiental: Tendências**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 322-323.

No que diz respeito à gestão dos riscos de desastres previstos na Constituição Federal de 1988, Délton Winter de Carvalho aduz que “o caput do art. 225 [...] impõe, inegavelmente, uma ordem normativa de antecipação aos danos ambientais, gerando um dever de preventividade objetiva”. Dessa forma, o autor considera que a percepção dos riscos ambientais é fonte indispensável para a sua prevenção, além de afirmar que a comunicação a respeito do risco no direito ambiental é operacionalizada através da diferenciação entre precaução e prevenção: “enquanto os riscos concretos são geridos pela máxima da prevenção, os abstratos o são pela precaução”.³⁵

Essa noção é complementada pelo entendimento de Patrick de Araújo Ayala, para quem o Direito Ambiental tem o compromisso de oferecer instrumentos e condições eficazes ao controle das novas possibilidades de riscos ligadas ao momento atual, buscando identificar suas origens e causas. Muitos destes riscos estão associados ao cotidiano do homem, estando diretamente ligados as suas ações – mesmo que pareçam insignificantes no momento presente, seus prejuízos podem ser consideráveis em longo prazo.³⁶

Para o autor, este é o fundamento para o entendimento de que as enormes catástrofes que o mundo contemporâneo vem presenciando não podem ser consideradas como fontes exclusivas dos conflitos ambientais, uma vez que, apesar do forte apelo dos meios de comunicação na divulgação de desastres, “[...] há diversas outras fontes de riscos invisíveis e anônimas que precisam ser avaliadas e geridas pela sociedade”.³⁷

Infelizmente, na maioria dos casos, estes riscos só se tornam públicos quando se transformam em riscos visíveis. Isso denota a urgência do direito ambiental em oferecer mecanismos eficientes na regulação da emergente problemática relacionada à alteração dos riscos, especialmente quanto à questão da “[...] invisibilidade, da incerteza científica e da indeterminação de seus efeitos e vítimas”.³⁸

³⁵ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização Civil pelo risco ambiental**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013, p.77

³⁶ AYALA, Patryck de Araújo. A proteção Jurídica das Futuras Gerações na Sociedade do Risco Global: O Direito ao Futuro na Ordem Constitucional Brasileira. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri. (Org). **Estado de Direito Ambiental: Tendências**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 330-331.

³⁷ AYALA, Patryck de Araújo. A proteção Jurídica das Futuras Gerações na Sociedade do Risco Global: O Direito ao Futuro na Ordem Constitucional Brasileira. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri. (Org). **Estado de Direito Ambiental: Tendências**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 330-331.

³⁸ AYALA, Patryck de Araújo. A proteção Jurídica das Futuras Gerações na Sociedade do Risco Global: O Direito ao Futuro na Ordem Constitucional Brasileira. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri. (Org). **Estado de Direito Ambiental: Tendências**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 330-331.

4 O DESASTRE AMBIENTAL NO CENÁRIO BRASILEIRO

Na visão de Celso Santos Carvalho e Thiago Galvão, os deslizamentos de encostas e as inundações e enchentes são os principais desastres ambientais que acometem as cidades brasileiras. Os deslizamentos acontecem devido ao enfraquecimento natural do solo ocasionado por intensas e prolongadas chuvas que encharcam as camadas da terra, diminuindo, por consequência, sua resistência; já as enchentes são variações naturais que alteram o regime pluviométrico devido à grande quantidade de chuva em curto espaço de tempo, situação esta agravada devido à canalização dos rios e córregos, ao excesso de pavimentação e edificações transformando áreas anteriormente seguras em regiões de alto risco.³⁹

Para Pedro Bertone e Clarice Marinho, faz-se necessário um estudo mais aprofundado acerca do processo de urbanização do país, que não foi amparado por políticas sólidas de desenvolvimento urbano comprometidas em fornecer moradias a todos. Considerável parcela da população mais carente acaba por ocupar terrenos com restrições à ocupação legal, uma vez que se encontram em áreas de preservação permanentes ou em áreas de situação de risco potencial. Desta forma, seguindo na visão dos autores, os assentamentos precários instalaram-se e ampliaram-se nas cidades, povoando áreas de grande declividade e margens de rios, córregos e arroios, “[...] resultando em parcelas urbanas de extrema vulnerabilidade a deslizamentos de encostas, inundações e enxurradas”.⁴⁰

No entendimento de Ana Paula Atz, a desigualdade social é a principal causa do aumento da vulnerabilidade, pois a população mais carente é a mais atingida por, normalmente, habitar as regiões mais suscetíveis a enchentes e deslizamentos.⁴¹

Para Délton Winter de Carvalho, as definições de apropriação do solo também são fatores a impulsionar os riscos e custos consequentes dos desastres. A ocupação de áreas de risco é elemento determinante para que o incidente ocorra e, por sua vez, para que possa se transformar em desastre. Assim, “é a partir da ocupação de áreas especialmente vulneráveis que se tem uma intensificação das probabilidades e magnitudes de riscos de inundações,

³⁹ CARVALHO, Celso Santos; GALVÃO Thiago. Gestão de riscos e resposta a desastres naturais: a atuação do Ministério das Cidades. In: CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA. Brasília: CONSAD, 2013, p. 3. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:O_unCoAZxv8J:consadnacional.org.br/wp-content/uploads/2013/05/071-GEST%25C3%2583O-DE-RISCOS-E-RESPOSTA-A-DESASTRES-NATURAIS-A-ATUA%25C3%2587%25C3%2583O-DO-MINIST%25C3%2589RIO-DAS-CIDADES.pdf&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=br. Acesso em 22 mar. 2016.

⁴⁰ BERTONE, Pedro; MARINHO Clarice. Gestão de riscos e resposta a desastres naturais: a visão do planejamento. In: CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA. Brasília: CONSAD, 2013, p. 7. Disponível em: www.google.com.br/search?q=GESTÃO+DE+RISCOS+E+RESPOSTA+A+DESASTRES+NATURAIS%3A+A+VISÃO+DO+PLANEJAMENTO&oq=GESTÃO+DE+RISCOS+E+RESPOSTA+A+DESASTRES+NATURAIS%3A+A+VISÃO+DO+PLANEJAMENTO&aqs=chrome..69j57.1568j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Acesso em 28 mar. 2016.

⁴¹ ATZ, Ana Paula; ROCHA, Leonel Severo. A dimensão socioambiental dos danos causados ao consumidor cidadão por desastres ambientais. In: PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide; PEREIRAI, Henrique Mioranza Koppe. (Org). **O consumo na sociedade moderna: consequências jurídicas e ambientais**. Caxias do Sul: EDUCS, 2016, p. 22-23.

deslizamentos, terremotos, incêndios, entre outros.” Ainda segundo o autor, este fator de agravamento relacionado aos riscos catastróficos, no caso brasileiro, é consideravelmente relevante, tendo em vista que os desastres ambientais se tornaram cada vez mais frequentes e de grandes proporções no país, estando diretamente relacionados com a ocupação irregular de áreas conhecidas como APPs (Áreas de Preservação Permanentes).⁴²

A expansão urbana no Brasil alicerça-se em dois tipos elementares de ocupação habitacional, segundo Álvaro Rodrigues dos Santos: “os loteamentos regulares, com projetos aprovados pelas administrações municipais, e as ocupações irregulares (invasões) de terrenos privados e públicos.” Na grande maioria dos casos, mesmo os loteamentos considerados regulares são implantados de maneira bastante avassaladora para o meio ambiente, tendo em vista que a completa instalação da infraestrutura urbana básica normalmente só ocorre após a venda de grande parte do empreendimento, expondo o solo a sofrer com as consequências da erosão. Já as ocupações irregulares (invasões) ocupam principalmente as encostas, áreas de grande declividade, totalmente desprovidas de infraestrutura.⁴³

Nos últimos anos, na visão de Pedro Bertone e Clarice Marinho, as catástrofes climáticas de grande proporção suscitaram reações nos governos e na sociedade brasileira. No ano de 2008, as inundações e deslizamentos ocorridos no Vale do Itajaí caracterizaram-se como a pior tragédia do Estado de Santa Catarina. Passados dois anos, em 2010, a cheia do Rio Mundaú inundou 97 municípios pertencentes aos Estados de Pernambuco e Alagoas. No ano seguinte, as enchentes e deslizamentos ocorridos na Região Serrana do Rio de Janeiro provocaram o desastre de maior proporção no país em número de vítimas fatais.⁴⁴

Para Lídia Keiko Tominaga, o enfrentamento dos riscos decorrentes dos desastres naturais se dá através de ações emergenciais, coordenadas e executadas pelo Sistema de Defesa Civil, organizado a nível municipal, estadual e federal. Dessa maneira, há uma estrutura organizacional constituída de planos de ação, estabelecendo-se as diretrizes a serem seguidas em todos os atendimentos emergenciais realizados em território nacional. Porém, no entendimento

⁴² CARVALHO, Délton Winter de. Por uma necessária introdução ao direito dos desastres ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, v. 67, jul – set 2012 Disponível em: < [http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad8181500000153c386e7b9aba4ebf7&docguid=lc9dba100e76611e1af00010000000000&hitguid=lc9dba100e76611e1af00010000000000&spos=20&epos=20&td=62&context=95&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad8181500000153c386e7b9aba4ebf7&docguid=lc9dba100e76611e1af0001000000000&hitguid=lc9dba100e76611e1af00010000000000&spos=20&epos=20&td=62&context=95&startChunk=1&endChunk=1)> Acesso em: 29 mar. 2016.

⁴³ SANTOS, Álvaro Rodrigues dos. *Enchentes e Deslizamentos: Causas e soluções: áreas de risco no brasil*. São Paulo: Pini, 2012, p. 12.

⁴⁴ BERTONE, Pedro; MARINHO Clarice. Gestão de riscos e resposta a desastres naturais: a visão do planejamento. In: *CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA*. Brasília: CONSAD, 2013, p. 7. Disponível em: <www.google.com.br/search?q=GESTÃO+DE+RISCOS+E+RESPOSTA+A+DESASTRES+NATURAIS%3A+A+VISÃO+DO+PLANEJAMENTO&oq=GESTÃO+DE+RISCOS+E+RESPOSTA+A+DESASTRES+NATURAIS%3A+A+VISÃO+DO+PLANEJAMENTO&aqs=chrome..69j57.1568j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8> Acesso em 28 mar. 2016

da autora, apesar de todo o conhecimento técnico desenvolvido por universidades e institutos de pesquisa quanto às ações de prevenção de riscos urbanos, a quantidade de municípios que contemplam a gestão de riscos em seus programas de desenvolvimento urbano ainda é reduzida.⁴⁵

Délton Winter de Carvalho, assevera que “dado o caráter multifacetado de sua formação, um desastre poderá ser considerado mais ou menos grave em função de dois fatores: grau de vulnerabilidade da comunidade [...]” e capacidade de se recompor rapidamente a condição original após a ocorrência do desastre.⁴⁶ O enfrentamento dos riscos ambientais expõe uma população à condição de vulnerabilidade frente às consequências de eventos catastróficos. Vulnerabilidade, então, abrange um grupo de fatores que pode aumentar ou diminuir as consequências do contato com os perigos a que o ser humano, em sociedade ou individualmente, está sujeito nas mais distintas situações da sua vida.⁴⁷ A resiliência, por sua vez, cumpre importante papel após o acontecimento do desastre, estando relacionada à capacidade de reconstrução de um local, comunidade ou sistema destruído, pois, para Délton Winter de Carvalho, tão indispensável quanto prevenir é assegurar que uma localidade tenha capacidade de se reconstruir.⁴⁸

5 A GOVERNANÇA DOS RISCOS DE DESASTRES PREVISTA NA LEI DA POLÍTICA NACIONAL DE PROTEÇÃO E DEFESA CIVIL

O direito dos desastres faz suscitar uma indispensável radicalização da prevenção no sentido mais amplo, exigindo que os instrumentos de avaliação e gestão de riscos de catástrofes assumam papel de protagonistas. Para tanto, os processos decisórios, sejam eles administrativos ou jurisdicionais, devem primar

⁴⁵ TOMINAGA, Lídia Keiko. Desastres Naturais: por que ocorrem?. In: TOMINAGA, Lídia Keiko; SANTORO, Jair. AMARAL, Rosangela (Org). **Desastres Naturais: conhecer para prevenir**. São Paulo: Instituto Geológico, 2009, p. 22.

⁴⁶ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 55-56.

⁴⁷ LICCO, Eduardo Antônio. Vulnerabilidade e Desastres Naturais: uma análise preliminar sobre Petrópolis, Rio de Janeiro. *InterfacEHS*, v.8, n. 1, 2003. Disponível em: <<http://www.revistas.sp.senac.br/index.php/ITF/article/viewFile/319/301>> Acesso em 15 abr. 2016.

⁴⁸ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 60.

pela necessidade de evitar ou antecipar-se aos desastres, através de uma competente gestão de eventos extremos, que só é possível pela conscientização acerca dos instrumentos disponíveis à efetivação de uma real governança dos desastres ambientais.⁴⁹

Ao longo de muito tempo, a prioridade dos governos foi investir na recuperação de locais atingidos por desastres, empenhando todos os esforços na reestruturação das áreas impactadas, e pouco, quiçá nenhum, investimento na prevenção, preparação e mitigação. Em virtude da maior intensidade e frequência com que os desastres passaram a ocorrer, torna-se imprescindível a aplicação de medidas para manejar o risco e diminuir as perdas causadas pelos desastres. O fato de que a maior parte das ocorrências de desastres naturais é sazonal, permite com que o poder público se antecipe e desenvolva ações preventivas. Investir na diminuição de risco é algo complexo e exige poder de decisão e, principalmente, vontade política.⁵⁰

Com a publicação da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, aprovada pela Lei nº 12.608, de 10 de abril de 2012, a gestão de desastres passa a compreender cinco ações distintas e que se relacionam entre si, quais sejam: prevenção/mitigação⁵¹; preparação⁵²; resposta⁵³ e recuperação⁵⁴, ações estas que se dão de forma multissetorial abrangendo os governos federal, estadual e municipal, exigindo grande participação comunitária. Esta divisão administrativa dos trâmites dos desastres agiliza o processo de identificação da situação e, conseqüentemente, possibilita que sejam tomadas medidas mais efetivas na prevenção ou na resposta dos eventos inevitáveis.⁵⁵

Positivamente, para Délton Winter de Carvalho, a Lei 12.608/2012 parte de uma perspectiva sistêmica, estrutural e articulada entre os entes federados, o que é de fundamental importância para a constituição de um direito dos desastres. Seu texto abrange disposições sobre as diretrizes e objetivos da PNPDEC,

⁴⁹ CARVALHO, Délton Winter de. O papel do direito e os instrumentos de governança ambiental para prevenção dos desastres. *Revista de Direito Ambiental*, v. 75, jul – set 2014. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad60079000001545418b09cabe645bc&docguid=lcfd22cc0282b11e4914701000000000&hitguid=lcfd22cc0282b11e4914701000000000&spos=6&epos=6&td=24&context=4&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em 26 abr. 2016.

⁵⁰ GOVERNO DE SANTA CATARINA. *Gestão de Risco de Desastres*. [S.l.], p. 07. Disponível em: <<http://areafria.com.br/wp-content/uploads/2014/12/gestao-de-riscos-de-desastres.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

⁵¹ Prevenção/Mitigação de Desastres: compreende medidas de avaliação de riscos de desastres e redução de riscos de desastres.

⁵² Preparação para Emergências e Desastres: objetiva otimizar as ações preventivas, de resposta aos desastres e de recuperação.

⁵³ Resposta aos Desastres: compreende as ações de socorro, assistência às populações vitimadas e reabilitação do cenário do desastre.

⁵⁴ Recuperação: Inclui as medidas implementadas para restabelecer em sua plenitude a vida das comunidades impactadas, além de influenciar as ações de prevenção.

⁵⁵ GOVERNO DE SANTA CATARINA. *Gestão de Risco de Desastres*. [S.l.], p. 52-53. Disponível em: <<http://areafria.com.br/wp-content/uploads/2014/12/gestao-de-riscos-de-desastres.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

a criação de sistema de informações de monitoramento de desastres, as competências dos entes federados, a definição de que são os agentes de proteção e defesa civil, a vinculação dos programas habitacionais dos entes federados à prevenção dos desastres e a adaptação da ordem urbanística aos riscos de desastres.⁵⁶

A crescente e desordenada ocupação urbana, sem a devida atenção ao controle do escoamento superficial existente, acaba por resultar em problemas de drenagem cada vez maiores na maioria das cidades brasileiras. Frequentemente, as regiões demasiadamente povoadas são as que sofrem as consequências negativas da fragilidade das medidas adotadas nas áreas de drenagem – medidas estas que requerem uma nova abordagem conceitual do enfrentamento dos problemas das águas pluviais urbanas de maneira urgente e eficaz. A grande e necessária mudança decorre que, em vez de aprovar obras e soluções pontuais, a nova sistemática passe a aplicar técnicas que tenham como base um planejamento de forma integrada, aplicando-se como princípio o manejo sustentável das águas urbanas. Para tanto, são apresentadas medidas estruturais e não estruturais de controle do escoamento superficial urbano.⁵⁷

Na visão de Délton Winter de Carvalho, a prevenção dos desastres é composta pelo levantamento das ameaças e pelo índice de vulnerabilidade da região afetada e da população atingida, com a devida classificação dos riscos catastróficos e o mapeamento das áreas de maior risco, bem como a gestão dos riscos de desastres. Essa gestão de riscos representa as medidas estruturais e não estruturais, uma vez que as estratégias de atuação preventiva são traçadas a partir destas medidas. As medidas estruturais são compreendidas como aquelas consequentes da engenharia civil, abrangendo a infraestrutura construída pelo homem, como barragens, obras de contenção de erosão e deslizamentos e diques. As medidas não estruturais, por sua vez, compreendem avaliações, estudos, autorizações e licenças, dentre outros, tratando-se, desta forma, de instrumentos de uso político, conteúdo técnico e força jurídica.⁵⁸

Portanto, genericamente, as medidas não estruturais estão ligadas à identificação e avaliação de risco, ao passo que as medidas estruturais se vinculam mais à estratégia de gestão de risco, o que faz com que a utilização de ambas aconteça de maneira integrada, não havendo hierarquização e nem priorização de uma ou de outra.⁵⁹

⁵⁶ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 88-89.

⁵⁷ MARCOS, José Vieira de Melo. Medidas estruturais e não estruturais de escoamento superficial aplicáveis na Bacia do Rio Fragoso na Cidade de Olinda. **Repositório Institucional da UFPE**, 2007. Disponível em: < <http://www.repositorio.ufpe.br/handle/123456789/5305> > Acesso em 09 mai. 2016.

⁵⁸ CARVALHO, Délton Winter de. **Desastres Ambientais e sua Regulação Jurídica: Deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.56-65.

⁵⁹ CARVALHO, Délton Winter de. **Desastres Ambientais e sua Regulação Jurídica: Deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.65.

6 A INTERVENÇÃO HUMANA EM ÁREAS DE RISCO: DESASTRE AMBIENTAL DE 2008 NO VALE DO ITAJAÍ

As intensas chuvas que atingiram Santa Catarina em novembro de 2008 foram responsáveis por um dos maiores desastres naturais do Estado ao longo dos tempos – desastre este que teve seus efeitos mais nefastos no vale do Itajaí, nas regiões do médio vale e foz do rio Itajaí, obrigando diversos municípios a decretar situação de emergência ou estado de calamidade pública. O fenômeno foi alvo da imprensa por semanas, que buscou difundir a ideia de um evento natural frente ao qual o ser humano nada ou muito pouco poderia fazer, pincelando-se um quadro no qual as tragédias naturais são única e exclusivamente isso – naturais –, não tendo a população qualquer tipo de culpa ou ingerência em relação a elas.⁶⁰

Esse ponto de vista, contudo, é expressamente descartado por especialistas, uma vez que as consequências de um evento natural são, na maioria das vezes, majoradas pela ação humana. Tomando-se como exemplo a situação ocorrida no vale do Itajaí, as intensas chuvas caíram sobre um ecossistema já vulnerável, fragilizado desde o excessivo desmatamento iniciado à época da colonização estrangeira, prejudicado ainda mais pelo desenvolvimento socioeconômico e rápida urbanização provocados pela ascensão da indústria têxtil. A soma desses fatores levou à ocupação predatória de espaços naturais na região do vale do Itajaí, trazendo às claras uma contradição surpreendente: enquanto a região dos vales possuía “um dos mais altos índices de desenvolvimento humano”, visualizava-se, também, uma população extremamente vulnerável a desastres ambientais – nominalmente, enchentes, já que foram registradas, nessa localidade, cerca de 68 num período de 158 anos.⁶¹

Apesar da habitualidade no que tange à ocorrência de inundações e deslizamentos no vale do Itajaí, somente após as enchentes de 1983 e 1984 é que se passou a traçar um plano estratégico para gestão dos problemas ambientais. Foram implementadas, então, medidas estruturais e não estruturais – contudo, essas medidas não estruturais somente foram efetivadas num momento pós-desastre, motivadas por forte apelo social, com objetivo de amenizar, prevenir ou conter novos desastres. Ou seja: “após uma grande enchente, se iniciam amplas discussões sobre possíveis soluções, porém se verificam poucas atitudes

⁶⁰ MATTEDI, Marcos Antônio; FRANK, Beate; SEVEGNANI, Lucia; BOHN, Noemia. O desastre se tornou rotina. In: FRANK, Beate; SEVEGNANI, Lucia (Org). *Desastre de 2008 no Vale do Itajaí: água, gente e política*. Blumenau: Agência de Água Do Vale do Itajaí, 2009, p.14.

⁶¹ MATTEDI, Marcos Antônio; FRANK, Beate; SEVEGNANI, Lucia; BOHN, Noemia. O desastre se tornou rotina. In: FRANK, Beate; SEVEGNANI, Lucia (Org). *Desastre de 2008 no Vale do Itajaí: água, gente e política*. Blumenau: Agência de Água Do Vale do Itajaí, 2009, p.15.

para se evitar e/ou amenizar novos eventos”.⁶² Tal situação, por óbvio, faz com que o risco de ocorrência de desastres ambientais se amplie, pois a intenção das medidas estruturais e não estruturais nem sempre é remediar as questões socioambientais que influenciam nas causas e consequências de inundações e deslizamentos, mas, sim, em muitas das circunstâncias, criar uma “falsa imagem de segurança”, novamente “estimulando a ocupação de áreas de risco e a utilização predatória de recursos naturais”, situação facilmente percebida na cidade de Blumenau.⁶³

Cria-se, dessa forma, um “ciclo de reforço”⁶⁴, ou, nas palavras de Nilson Cesar Fraga e Vera Beatriz Köhler, uma “indústria de enchentes”⁶⁵:

[...] eventos de cunho socioambiental, de grandes consequências humanas, vêm trazendo ganhos políticos e econômicos por agentes sociais diversos, com destaque aos governos que, à época dos desastres, conseguem carrear recursos imprevistos para realizar obras de cunho assistencial e emergencial de forte apelo publicitário e eleitoral.⁶⁶

Desse modo, constata-se que as políticas públicas desenvolvidas na região do vale do Itajaí mascaravam decisões puramente políticas.⁶⁷ Para Caio Floriano dos Santos, Carmen Susana Tornquist e Maria Paula Marimon, não há interesse em se prevenir desastres ambientais, uma vez que, num momento pós-

⁶² SANTOS, Caio Floriano dos; TORNQUIST, Carmen Susana; MARIMON, Maria Paula Casagrande. Indústria das enchentes: Impasses e desafios dos desastres socioambientais no Vale do Itajaí. **GEOSUL – Revista do Departamento de Geografia**. Florianópolis: Editora da Universidade Federal de Santa Catarina, v. 29, jan/jun. 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/geosul/article/view/2177-5230.2014v29n57p197/27989>>. Acesso em: 20 mai. 2016.

⁶³ MATTEDI, Marcos Antônio; FRANK, Beate; SEVEGNANI, Lucia; BOHN, Noemia. O desastre se tornou rotina. In: FRANK, Beate; SEVEGNANI, Lucia (Org). **Desastre de 2008 no Vale do Itajaí: água, gente e política**. Blumenau: Agência de Água Do Vale do Itajaí, 2009, p.17.

⁶⁴ MATTEDI, Marcos Antônio; FRANK, Beate; SEVEGNANI, Lucia; BOHN, Noemia. O desastre se tornou rotina. In: FRANK, Beate; SEVEGNANI, Lucia (Org). **Desastre de 2008 no Vale do Itajaí: água, gente e política**. Blumenau: Agência de Água Do Vale do Itajaí, 2009, p.17-18.

⁶⁵ FRAGA, Nilson Cesar; Köhler, Vera Beatriz. As Enchentes no Vale do Itajaí-Açu, SC: das obras de contenção à indústria da enchente. **Boletim de Geografia**. [Maringá], v. 17, 1999. Disponível em: <<http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/BolGeogr/article/view/12065/7308>>. Acesso em: 20 mai. 2016.

⁶⁶ SANTOS, Caio Floriano dos; TORNQUIST, Carmen Susana; MARIMON, Maria Paula Casagrande. Indústria das enchentes: Impasses e desafios dos desastres socioambientais no Vale do Itajaí. **GEOSUL – Revista do Departamento de Geografia**. Florianópolis: Editora da Universidade Federal de Santa Catarina, v. 29, jan/jun. 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/geosul/article/view/2177-5230.2014v29n57p197/27989>>. Acesso em: 20 mai. 2016.

⁶⁷ MATTEDI, Marcos Antônio; FRANK, Beate; SEVEGNANI, Lucia; BOHN, Noemia. O desastre se tornou rotina. In: FRANK, Beate; SEVEGNANI, Lucia (Org). **Desastre de 2008 no Vale do Itajaí: água, gente e política**. Blumenau: Agência de Água Do Vale do Itajaí, 2009, p.18.

desastre, através da decretação de situação de calamidade pública, facilita-se a liberação de recursos imprevistos de forma emergencial, libertando o poder público da burocracia que envolve o processo licitatório.⁶⁸

Passados oito anos do desastre, os autores salientam que as respostas governamentais não alteraram seu cunho majoritariamente político, com escassa adoção de efetivas medidas de planejamento socioambiental. A população sai, então, “em busca de soluções individualizadas de prevenção, [,,,] sem apoio técnico e financeiro dos órgãos públicos”. Assim, frente ao descaso governamental, a comunidade realiza suas próprias medidas de autoconstrução e mitigação dos efeitos de futuros desastres.⁶⁹

De acordo com Andresa G. Wagner, no que tange ao impacto social provocado pelo desastre que assolou o vale do Itajaí em 2008, “percebeu-se o quanto a problemática ambiental está próxima” do ser humano, já que ele é, ao mesmo tempo, causador e vítima das tragédias de cunho ambiental.⁷⁰

Portanto, em linhas gerais, no que tange às consequências – sejam elas sociais ou econômicas – do desastre de 2008, importante ressaltar que elas iniciaram um “processo de irritação sistêmica”⁷¹, através do qual a Medida Provisória 547/2011 levou à promulgação da Lei nº 12.608/2012, de modo que não mais se focassem os esforços em recuperação de danos, mas, sim, na prevenção dos mesmos, especialmente aqueles associados a eventos climáticos de grandes proporções.⁷²

⁶⁸ SANTOS, Caio Floriano dos; TORNQUIST, Carmen Susana; MARIMON, Maria Paula Casagrande. Indústria das enchentes: Impasses e desafios dos desastres socioambientais no Vale do Itajaí. **GEOSUL – Revista do Departamento de Geografia**. Florianópolis: Editora da Universidade Federal de Santa Catarina, v. 29, jan/jun. 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/geosul/article/view/2177-5230.2014v29n57p197/27989>>. Acesso em: 20 mai. 2016.

⁶⁹ SANTOS, Caio Floriano dos; TORNQUIST, Carmen Susana; MARIMON, Maria Paula Casagrande. Indústria das enchentes: Impasses e desafios dos desastres socioambientais no Vale do Itajaí. **GEOSUL – Revista do Departamento de Geografia**. Florianópolis: Editora da Universidade Federal de Santa Catarina, v. 29, jan/jun. 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/geosul/article/view/2177-5230.2014v29n57p197/27989>>. Acesso em: 20 mai. 2016.

⁷⁰ WAGNER, Andresa G. Custos da recuperação, contabilização dos prejuízos e impactos na economia regional. In: FRANK, Beate; SEVEGNANI, Lucia (Org). **Desastre de 2008 no Vale do Itajaí: água, gente e política**. Blumenau: Agência de Água Do Vale do Itajaí, 2009, p. 130.

⁷¹ A ideia de irritação sistêmica é construída por Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Traducción Javier Torres Nafarrate et al. Guadalajara: Universidad Iberoamericana/ Universidad de Guadalajara, 1992.

⁷² SCHERER, Kátia Ragnini; CARDOSO NETO, Nicolau. **Vulnerabilidade e Resiliência: O Desastre natural ocorrido no vale do Itajaí em 2008 com irritação sistêmica para a criação da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – Lei 12.608/2012**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1766fff4851ac9c1>> Acesso 20 mai. 2016.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da análise das informações acima dispostas, foi possível verificar que a conscientização do homem acerca da preservação ambiental começou a ser manifestada a partir de 1960, época em que surgiram os primeiros indícios significativos do desequilíbrio ambiental causado ao longo do processo evolutivo da humanidade. A partir desse momento, o homem percebe que há uma relação entre meio ambiente e qualidade de vida: quanto mais se degenera os recursos naturais, menor é a qualidade de vida da população mundial. Os problemas ambientais, então, passaram a ser compreendidos como questões globais, e, com a criação, no ano de 1945, da Organização das Nações Unidas, buscou-se a discussão a nível internacional dessas temáticas.

Em 1992, foi lavrada a Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas, primeiro documento internacional a ter conteúdo especificamente direcionado para a temática das alterações no clima do planeta. Tal documento foi elaborado a partir de estudos realizados pelo Painel Intergovernamental sobre Mudança Climática – IPCC, estudos estes que comprovaram que o principal causador do aquecimento global é o aumento da concentração de gases de efeito estufa na atmosfera terrestre. Todavia, medidas de controle da temperatura do planeta só foram mais amplamente discutidas após a elaboração do Protocolo de Kyoto.

Por outro lado, as alterações climáticas abrem espaço para outra discussão, que envolve a sociedade de risco e a sua influência na ocorrência de desastres ambientais. A sociedade de risco, diretamente relacionada com a era pós-industrial e com a globalização, tem como característica a distribuição indistinta do risco entre todas as faixas societárias, uma vez que toda ação que estimule o desenvolvimento acarreta consequências incertas para a população mundial e para o meio ambiente.

Frente a isso, o Direito – brasileiro, mais especificamente – assume o papel de tutelar um modelo de gestão de riscos, estabelecendo a forma de ação do Estado frente ao caso concreto e as estruturas funcionais necessárias para prevenir ou recuperar áreas suscetíveis à ocorrência de desastres ambientais. No Brasil, a população ocupa indiscriminadamente áreas vulneráveis, intensificando, conseqüentemente, a probabilidade e magnitude de desastres, especialmente no que tange a inundações e deslizamentos de encostas.

Para uma melhor governança dos riscos de desastres ambientais, instituiu-se, através da Lei nº 12.608/2012, a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC, efetivada através de medidas estruturais e não estruturais. Esta Política, apesar de bem estruturada, perde sua efetividade frente a não integração dos entes governamentais quanto à localização, em território nacional, das áreas de risco de desastres, bem como frente a não fiscalização destes entes quando da implantação e gestão das medidas acima citadas, situação configurada no desastre ambiental ocorrido no Vale do Itajaí em novembro de 2008.

A respeito deste caso, ao contrário do que noticiado pela mídia, as consequências das fortes chuvas foram majoradas pela ação humana: a catástrofe atingiu uma área de ecossistema já vulnerável, suscetível a recorrentes inundações. No entanto, apesar da habitualidade quanto à ocorrência de enchentes e deslizamentos na região, somente após a década de 1980 é que se passou a traçar um plano estratégico para gestão dos problemas ambientais. Foram implementadas, então, medidas estruturais e medidas não estruturais; porém, quando da implantação de tais medidas, o objetivo não era remediar questões socioambientais, mas, sim, transmitir à população uma errônea imagem de segurança.

Diante de tais fatos, no que tange ao impacto social provocado pelo desastre de 2008 no vale do Itajaí, foi possível constatar o quão próxima ao ser humano está a problemática ambiental: constitui-se uma relação de causa e consequência, já que o homem é, simultaneamente, causador e vítima dos desastres ambientais. De modo a interromper esse lamentável ciclo vicioso, deve-se focar na questão da conservação ambiental, preparando as gerações futuras para assumir um posicionamento ético frente ao meio ambiente, investindo-se mais que tudo na prevenção, formando-se, assim, sociedades e instituições capazes de prevenir e minimizar desastres ambientais.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ATZ, Ana Paula; ROCHA, Leonel Severo. A dimensão socioambiental dos danos causados ao consumidor cidadão por desastres ambientais. In: PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide; PEREIRAI, Henrique Mioranza Koppe. (Org). **O consumo na sociedade moderna: consequências jurídicas e ambientais**. Caxias do Sul: EDUCS, 2016.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade**. Tradução Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BETIOL, Luciana Stocco. **Responsabilidade Civil e Proteção ao Meio Ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (Org). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização Civil pelo risco ambiental**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

_____. **Desastres Ambientais e sua Regulação Jurídica: Deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Bases estruturantes da política nacional de proteção e defesa civil a partir de um direito dos desastres ambientais. **Revista de Direito Ambiental**, v. 72, out - dez 2013. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007a-00000150ceaa6d3e82e1ae76&docguid=I5328e8602fdb11e3a161010000000000&hitguid=I5328e8602fdb11e3a161010000000000&spos=2&epos=2&td=16&-context=g&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 03 nov. 2015.

_____. O papel do direito e os instrumentos de governança ambiental para prevenção dos desastres. **Revista de Direito Ambiental**, v. 75, jul – set 2014. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad60079000001545418b09ca-be645bc&docguid=lcfd22cc0282b11e4914701000000000&hitguid=lcfd22cc0282b11e4914701000000000&spos=6&epos=6&td=24&context=4&start-Chunk=1&endChunk=1>> Acesso em 26 abr. 2016.

_____. Por uma necessária introdução ao direito dos desastres ambientais. **Revista de Direito Ambiental**, v. 67, jul – set 2012 Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad8181500000153c386e7b9aba4ebf7&docguid=lc9dba100e76611e1af0001000000000&hitguid=lc9dba100e76611e1af0001000000000&spos=20&epos=20&td=62&context=95&start-Chunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 29 mar. 2016.

_____; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA, Heline Sivini; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. (Org). **Dano Ambiental na Sociedade de Risco**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri. (Org). **Estado de Direito Ambiental: Tendências**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de Direito Ambiental**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FRAGA, Nilson Cesar; Köhler, Vera Beatriz. As Enchentes no Vale do Itajaí-Açu, SC: das obras de contenção à indústria da enchente. **Boletim de Geografia**. [Maringá], v. 17, 1999. Disponível em: <<http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/BolGeogr/article/view/12065/7308>>. Acesso em: 20 mai. 2016.

GIDDENS, Anthony. **A Política da Mudança Climática**. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

GOVERNO DE SANTA CATARINA. Gestão de Risco de Desastres. [S.l.], p. 07. Disponível em: <<http://areafria.com.br/wp-content/uploads/2014/12/gestao-de-riscos-de-desastres.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GUIVANT, Júlia S. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. **Estudos Sociedade e Agricultura**, abr. 2001. Disponível em: <http://r1.ufrj.br/esa/V2/ojs/index.php/esa/article/view/188>. Acesso em 17 nov. 2015.

LICCO, Eduardo Antônio. **Vulnerabilidade e Desastres Naturais: Uma Análise Preliminar sobre Petrópolis**, Rio de Janeiro. InterfacEHS, v.8, n. 1, 2003. Disponível em: <<http://www.revistas.sp.senac.br/index.php/ITF/article/viewFile/319/301>> Acesso em 15 abr. 2016.

LUCCI, Elian Alabi. **A Era Pós-Industrial, a Sociedade do Conhecimento e a Educação para o pensar**. São Paulo: Saraiva, 2008. Disponível em: <http://www.del.ufrj.br/~fmello/eraposindustrial>. Acesso em 10 nov. 2015.

LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Traducción Javier Torres Nafarrate et al. Guadalajara: Universidad Iberoamericana/Universidad de Guadalajara, 1992.

MARCOS, José Vieira de Melo. Medidas estruturais e não estruturais de escoamento superficial aplicáveis na Bacia do Rio Fragoso na Cidade de Olinda. **Repositório Institucional da UFPE**, 2007. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufpe.br/handle/123456789/5305>> Acesso em 09 mai. 2016.

MATTEDI, Marcos Antônio; FRANK, Beate; SEVEGNANI, Lucia; BOHN, Noemia. O desastre se tornou rotina. In: FRANK, Beate; SEVEGNANI, Lucia (Org). **Desastre de 2008 no Vale do Itajaí: água, gente e política**. Blumenau: Agência de Água Do Vale do Itajaí, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: A gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REISEWITZ, Lúcia. **Direito Ambiental e Patrimônio Cultural**: Direito à Preservação da Memória, Ação e Identidade do Povo Brasileiro. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SANTOS, Álvaro Rodrigues dos. **Enchentes e Deslizamentos**: Causas e soluções: áreas de risco no Brasil. São Paulo: Pini, 2012.

SANTOS, Caio Floriano dos; TORNQUIST, Carmen Susana; MARIMON, Maria Paula Casagrande. Indústria das enchentes: Impasses e desafios dos desastres socioambientais no Vale do Itajaí. **GEOSUL – Revista do Departamento de Geografia**. Florianópolis: Editora da Universidade Federal de Santa Catarina, v. 29, jan/jun. 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/geosul/article/view/2177-5230.2014v29n57p197/27989>>. Acesso em: 20 mai. 2016.

SCHERER, Kátia Ragnini; CARDOSO NETO, Nicolau. **Vulnerabilidade e Resiliência**: O Desastre natural ocorrido no vale do Itajaí em 2008 com irritação sistêmica para a criação da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – Lei 12.608/2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1766ff-f4851ac9c1>> Acesso 20 mai. 2016.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito Ambiental Internacional**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Thex, 2002.

TOMINAGA, Lídia Keiko. Desastres Naturais: por que ocorrem?. In: TOMINAGA, Lídia Keiko; SANTORO, Jair. AMARAL, Rosangela (Org). **Desastres Naturais**: conhecer para prevenir. São Paulo: Instituto Geológico, 2009.

TORRE, Augusto de; FAJNZYLBER, Pablo; NASH, John. **Desenvolvimento com menos carbono**: respostas da América Latina ao desafio da mudança climática. Tradução Banco Mundial. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

o direito à privacidade e à liberdade de opinião e expressão na era digital

Taís Fernanda Blauth

Graduanda em Direito pela
Universidade Feevale. Currículo Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/4563407531257989>.
E-mail: taisblauth@yahoo.com.br.

Daniel Sica da Cunha

Professor Adjunto e Coordenador do Curso de
Direito da Universidade Feevale. Doutor em
Direito pela UFRGS. Mestre em Direito pela
UFRGS. Pós-graduado em Direito Empresarial
pela FGV. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais
pela UFRGS. Sócio-fundador da SEDL - Sica & De
Lemos Sociedade de Advogados. Currículo Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/783395918656605>.
E-mail: danielscunha@feevale.br.

INTRODUÇÃO

A tecnologia de comunicação digital faz parte do cotidiano de uma parcela considerável da população, através de inúmeros dispositivos, sejam eles computadores, *smartphones*, *tablets* e tantos outros habilitados para o uso de *Wi-Fi* ou com conexão acessível por meio de pacotes de dados. A evolução das tecnologias de informação e comunicação está gerando avanços sem precedentes na comunicação em tempo real, no compartilhamento e no alcance das informações.

Assim, a tecnologia e a Internet trouxeram importantes e consideráveis mudanças à sociedade como um todo, conferindo novos desafios ao mundo jurídico, dado que houve uma alteração na percepção de diversos direitos do indivíduo, trazendo à tona novos aspectos acerca da violação destes mesmos direitos. Possibilitar o acesso à informação e às tecnologias e proteger o direito à liberdade de expressão e à privacidade passam a ser assuntos prioritários na agenda global, visto que sua importância é proporcional ao valor do mundo digital na atualidade.

Com base nesse cenário, o presente estudo tem por objetivo analisar quais são os principais direitos atrelados ao ambiente digital e como estes tem se adaptado à dinâmica dos avanços tecnológicos. Procurar-se-á estudar as temáticas propostas a fim de esclarecer as discussões relacionadas a elas, com base na doutrina e no entendimento desenvolvido no âmbito da Organização das Nações Unidas.

1 A INTERNET E O DIREITO À LIBERDADE DE OPINIÃO E EXPRESSÃO

A *web* gerou uma propulsão sem dimensões no que tange à liberdade de expressão dos usuários, sendo que nos seus passos iniciais ela gozava de poucas ferramentas para o controle dos fluxos de informação, já que estes eram capazes de burlar a geografia e, por conseguinte, as fronteiras políticas. Nesse cenário, é possível que a liberdade de expressão seja difundida por todo o globo, sem dependência de mídias de massa, uma vez que os usuários interagem de maneira irrestrita.¹

Por esse motivo, pode-se afirmar que a rede mundial de computadores tornou-se um importante meio pelo qual os indivíduos podem efetivar seu direito à liberdade de opinião e expressão. Tal direito foi consagrado no artigo 19º da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) que diz que:

¹ CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 139.

[...] todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.²

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto³) intensificou a abrangência desta prerrogativa no seu artigo 19, especificando que:

1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões;
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha;
3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:
 - a) Assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
 - b) Proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.⁴

² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2015.

³ O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos é usualmente citado como "Pacto", o que também se aplicará ao presente estudo. Dessa forma, todas as referências a "Pacto" referem-se a esse normativo internacional.

⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

No âmbito regional, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)⁵, também conhecida como o Pacto de São José da Costa Rica, um tratado que é uma das bases do Sistema Interamericano de Direitos Humanos⁶, positivou, no artigo 13, o direito à liberdade de pensamento e expressão, prevendo em seu inciso 1º que:

[...] toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.⁷

Faz-se necessário mencionar que a previsão do artigo assinala que o indivíduo possui a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras. Poder-se-ia compreender que, por analogia, a inexistência de fronteiras pressupõe que esse direito é assegurado também no ambiente digital, livre de fronteiras por natureza, capaz de ultrapassar limitações geográficas.

A liberdade de opinião e expressão é uma condição indispensável ao completo desenvolvimento do ser humano, além de ser essencial para qualquer sociedade democrática e livre.⁸ É um direito fundamental que age como um facilitador de outros direitos, tais como os direitos econômicos, sociais e culturais (direito à educação e o direito de participar de uma vida cultural, aproveitando os benefícios do progresso científico e suas aplicações), além dos direitos civis e

⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos* (Pacto de San José da Costa Rica), 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 03 mai. 2015.

⁶ O sistema de proteção internacional dos direitos humanos no continente americano engloba os ditames da Carta da Organização dos Estados Americanos (Carta OEA), da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Esse sistema interamericano consagra a Carta da OEA, um documento mais abrangente no que tange ao número de países a ela submetidos, mas menos protetivo, já que abarca apenas a Comissão como órgão que visa a proteção de direitos humanos, e consagra a Convenção (CADH), que se apresenta como um documento vinculativo aos Estados que reconhecem a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). In: GUERRA, Sidney. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 27 e 28.

⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos* (Pacto de San José da Costa Rica), 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 03 mai. 2015.

⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comitê dos Direitos Humanos. *Comentário Geral nº 34 sobre o Artigo 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2016. par. 02.

políticos (direito de liberdade de associação e assembleia). Dessa forma, agindo como um catalisador para que os indivíduos possam exercer efetivamente seu direito à liberdade de expressão, a Internet também facilita a realização de uma série de outros direitos humanos internacionalmente consagrados e protegidos.⁹

Com relação à feição da liberdade de expressão na Internet, compreende-se que:

[...] há uma ameaça mais fundamental à liberdade sob o novo ambiente de policiamento global: a estruturação do comportamento cotidiano pelas normas dominantes da sociedade. A liberdade de expressão era a essência do direito à comunicação irrestrita na época em que a maior parte das atividades diárias não era relacionada à expressão na esfera pública. Mas em nosso tempo, uma proporção significativa da vida cotidiana, inclusive o trabalho, o lazer, a interação pessoal, tem lugar na *net*. A maior parte da atividade econômica, social e política é de fato um híbrido de interação on-line e física. Em muitos casos, uma não pode existir sem a outra.¹⁰

Porém, justamente por existir com outros direitos, o direito à liberdade de expressão não é absoluto.¹¹ Nesse sentido, cabe salientar que a restrição de conteúdo na Internet deve ser tomada como exceção, tendo em vista restringir, juntamente com o conteúdo, uma série de direitos dele decorrentes, especialmente o direito à liberdade de expressão. O Relator Especial da ONU propõe três requisitos cumulativos para que a limitação a esse direito não seja arbitrária ou ilegal, quais sejam: necessária autorização legal, que deverá ser clara e acessível a todos (princípios da previsibilidade e transparência); atendimento a um dos objetivos elencados no artigo 19, parágrafo 3, do Pacto (proteção dos direitos ou da reputação das demais pessoas, proteção da segurança nacional, da ordem, da saúde ou da moral pública com base no princípio da legitimidade); e evidência de sua necessidade, contendo o mínimo de restrições possíveis para que se atinja o objetivo pretendido, sempre tendo como base os princípios da necessidade e proporcionalidade.¹²

⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. **Relatório do Relator Especial para Promoção e Proteção ao Direito à Liberdade de Opinião e Expressão (A/HRC/17/27)**. Relator Frank La Rue. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2015. par. 22.

¹⁰ CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003, p. 148.

¹¹ BEATRIZ, Celina. Os Direitos Humanos e o Exercício da Cidadania em Meios Digitais. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 69.

¹² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. **Relatório do Relator Especial para Promoção e Proteção ao Direito à Liberdade de Opinião e Expressão (A/HRC/17/27)**. Relator Frank La Rue. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2015. par. 24.

No que tange ao primeiro requisito, cabe dizer que, com uma legislação bem estruturada, é possível que se restrinja de forma legítima alguns tipos de conteúdo. Alguns exemplos são a pornografia infantil (para proteção dos direitos das crianças e adolescentes), discurso de ódio (para proteção dos direitos de comunidades ou grupos afetados), difamação (para proteção dos direitos e reputação de outrem contra ataques injustificados), incitação direta e pública ao cometimento de genocídio (para proteção dos direitos das pessoas), incitação à discriminação, hostilidade ou violência (para proteção de direitos das pessoas, como o direito à vida).¹³ Cabe ressaltar que há previsão no artigo 13 da CADH, no seu inciso 5º, que determina que “a lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”.¹⁴

Com relação ao segundo requisito para a limitação legal desse direito, cumpre lembrar que é preciso cautela no que se refere ao previsto no artigo 19, parágrafo 3, do Pacto, já que a manutenção da segurança nacional é um critério que não pode ser utilizado de forma livre pelo Estado, para justificar toda e qualquer medida. O representante do Brasil, em pronunciamento oficial, assinalou que as alegações dos Estados que utilizam a luta contra o terrorismo como justificativa para qualquer medida cruzam limiares perigosos, morais e legais, e poderiam levar a um estado de exceção que transcende os regramentos legais.¹⁵ Isso significa dizer que qualquer interferência em algum direito humano, com base na alegação de segurança nacional, deve ter uma finalidade genuína e deve demonstrar que há interesse legítimo na proteção da segurança pública.¹⁶

O último requisito considera os princípios da necessidade e da proporcionalidade. Uma medida deve ser proporcional à relevância dos interesses em pauta: o interesse do Estado em perseguir a medida e o interesse do indivíduo pelo seu direito à liberdade de expressão, ou sua privacidade.¹⁷

¹³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. **Relatório do Relator Especial para Promoção e Proteção ao Direito à Liberdade de Opinião e Expressão (A/HRC/17/27)**. Relator Frank La Rue. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2015. par. 25.

¹⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**, 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 03 mai. 2015.

¹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. **Registros Oficiais da 54ª Reunião da 69ª Sessão (A/C.3/69/SR.54)**. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/648/52/PDF/N1464852.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 23 abr. 2016. p. 03.

¹⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Os Princípios de Joanesburgo, Segurança Nacional, Liberdade de Expressão e Acesso à Informação (E/CN.4/1996/39)**. Disponível em: <<https://www1.umn.edu/humanrts/instree/Pjohannesburg.html>>. Acesso em: 15 mai. 2016. Princípio 1.2.

¹⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. **Resumo do Painel de Discussão do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas sobre o Direito à Privacidade na Era Digital (A/HRC/28/39)**. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session28/Pages/ListReports.aspx>>. Acesso em: 15 fev. 2016. p. 8.

É imprescindível destacar que qualquer legislação que limite o direito à liberdade de expressão deve ser elaborada e aplicada com independência política, comercial, ou outras influências que não sejam justificáveis, a fim de evitar arbitrariedades e discriminações, adotando-se adequadas salvaguardas contra abusos ou aplicações abusivas da lei.¹⁸ Entretanto, percebe-se que a expressão legítima na Internet está sendo criminalizada, tanto por meio da aplicação da legislação criminal doméstica existente, quanto através da elaboração de novas leis especialmente designadas para criminalizar as formas e manifestações de opinião na *web*. Tais leis são, geralmente, justificadas com base na proteção da reputação dos indivíduos, na segurança nacional ou na neutralização de terrorismo. Na prática, corre-se o risco de serem usadas para censurar o conteúdo com o qual os governos ou outras entidades poderosas não concordam ou não querem que seja veiculado.¹⁹ Ainda, entende-se que a proteção da segurança nacional ou de medidas antiterroristas não deve ser usada para justificar a restrição do direito de expressão, a não ser que o Estado consiga demonstrar que a expressão tenha como finalidade incitar violência iminente, ou que seja provável que ela incite violência ou que exista uma ligação direta e imediata entre a expressão e a violência em questão.²⁰

2 O DIREITO À PRIVACIDADE NA ERA DIGITAL

Para que o direito à liberdade de expressão seja protegido, é essencial que, primeiro, se preserve o direito à privacidade, já que este é uma pré-condição daquele.²¹ O surgimento da privacidade, sob um prisma histórico, pode ser relacionado à dissolução da sociedade feudal, na qual as pessoas eram conectadas por complexas relações que se refletiam na própria organização do seu cotidiano: o isolamento era uma regalia dos poucos eleitos ou daqueles que por necessidade ou opção viviam distantes da comunidade, como místicos, monges e bandidos. Posteriormente, essa possibilidade se estendeu aos que possuíam condições materiais

¹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. **Relatório do Relator Especial para Promoção e Proteção ao Direito à Liberdade de Opinião e Expressão (A/HRC/17/27)**. Relator Frank La Rue. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2015. par. 24.

¹⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. **Relatório do Relator Especial para Promoção e Proteção ao Direito à Liberdade de Opinião e Expressão (A/HRC/17/27)**. Relator Frank La Rue. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2015. par. 34.

²⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. **Relatório do Relator Especial para Promoção e Proteção ao Direito à Liberdade de Opinião e Expressão (A/HRC/17/27)**. Relator Frank La Rue. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2015. par. 36.

²¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. **Resumo do Painel de Discussão do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas sobre o Direito à Privacidade na Era Digital (A/HRC/28/39)**. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session28/Pages/ListReports.aspx>>. Acesso em: 15 fev. 2016. p. 11.

que lhes permitissem reproduzir meios²² de satisfazer a nova necessidade por intimidade.²³ Nesse contexto, em escala social e institucional, a privacidade não é considerada como a realização de algo “natural” do indivíduo, mas como a aquisição de um privilégio em razão de um grupo, motivo pelo qual os instrumentos de tutela foram modelados com base em um direito burguês por excelência: a propriedade.²⁴ Nesse mesmo sentido, Hannah Arendt descreve que:

[...] as quatro paredes da propriedade particular de uma pessoa oferecem o único refúgio seguro contra o mundo público comum – não só contra tudo o que nele ocorre mas também contra a sua própria publicidade, contra o fato de ser visto e ouvido. Uma existência vivida inteiramente em público, na presença dos outros, torna-se, como diríamos, superficial. Retém a sua visibilidade, mas perde a qualidade resultante de vir à tona a partir de um terreno mais sombrio, terreno este que deve permanecer oculto a fim de não perder sua profundidade num sentido muito real e não subjetivo. O único modo eficaz de garantir a sombra do que deve ser escondido contra a luz da publicidade é a propriedade privada – um lugar só nosso, no qual podemos nos esconder.²⁵

Modernamente, a discussão sobre privacidade começou a emergir a partir das análises históricas realizadas sobre a Rússia, quando governada por Stálin, e sobre a Alemanha, quando governada por Hitler, onde as informações da população eram coletadas em larga escala e manuseadas pelos governantes com a finalidade de manter seus objetivos políticos e econômicos, muitas vezes contrários às atuais normas internacionais de proteção aos direitos humanos.²⁶ Na Inglaterra, o primeiro crescimento substancial da preocupação pública com a privacidade e o progresso da tecnologia moderna teve início quando a computação passou a ser percebida como um instrumento revolucionário, em 1949. Evento relevante nesse momento histórico foi a publicação do livro *1984*, de George Orwell.²⁷ O romance de Orwell figurou ao lado de *Admirável Mundo Novo*, de Aldous Huxley, outro clássico que contém a visão de um futuro obscuro

²² Foi em meio a esse processo que se desenvolveram novas técnicas de construção das casas, bem como a separação entre a casa e o local de trabalho.

²³ RODOTÀ, Stefano. *A Vida na Sociedade da Vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 26.

²⁴ RODOTÀ, Stefano. *A Vida na Sociedade da Vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 27.

²⁵ ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 81.

²⁶ JENNINGS, Charles; FENA, Lori. *Privacidade.com: como preservar sua intimidade na era da internet*. São Paulo: Futura, 2000, p. 69.

²⁷ JENNINGS, Charles; FENA, Lori. *Privacidade.com: como preservar sua intimidade na era da internet*. São Paulo: Futura, 2000, p. 69.

e controlado. Conjuntamente, esses dois livros reformularam o debate moderno acerca da privacidade, confrontando intimidade e tecnologia na literatura. Os autores influenciaram a retórica política de toda uma geração, aproveitando-se da crescente ansiedade do público em relação ao progresso científico.²⁸

O direito à privacidade é garantido pelo artigo 12º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que prevê que:

[...] ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra interferências ou ataques.²⁹

Já o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estabelece, em seu artigo 17, a proteção do direito à privacidade ao dizer que:

1. Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação.
2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.³⁰

No âmbito da Organização dos Estados Americanos³¹ (OEA), a CADH especifica a “proteção da honra e da dignidade”, em seu artigo 11, ao estabelecer em seus incisos 2º e 3º que:

²⁸ JENNINGS, Charles; FENA, Lori. **Privacidade.com**: como preservar sua intimidade na era da internet. São Paulo: Futura, 2000, p. 70.

²⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2015.

³⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

³¹ A Organização dos Estados Americanos é uma organização internacional que tem por fundamentos o alcance de uma ordem que busque a paz, a justiça e a solidariedade entre as nações, com seus objetivos e princípios traduzidos na Carta da OEA. In: GUERRA, Sidney. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 10 e 13.

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.³²

No mesmo sentido caminha a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O entendimento é de que “o âmbito da privacidade caracteriza-se por estar isento e imune a invasões ou agressões abusivas ou arbitrárias por parte de terceiros ou da autoridade pública”³³.

A privacidade também está presente em diversos outros diplomas legais³⁴, tamanha sua importância. A inviolabilidade da correspondência, presente nos artigos supracitados, abrange todas as formas de comunicação, incluindo aquela via Internet. Dessa forma, o direito à privacidade envolve também as informações pessoais, e não somente um lugar ou objetos pessoais.³⁵ A proteção da privacidade da correspondência compreende uma obrigação do Estado de garantir que os correios eletrônicos ou qualquer outra forma de comunicação no cenário digital não sofram interferências ou inspeções de órgãos estatais ou terceiros.³⁶

O direito à privacidade é, portanto, o exercício da individualidade do ser humano, livre de julgamentos e quaisquer intromissões alheias, e assume cada vez mais relevância, com a expansão das comunicações e tecnologias.³⁷ O surgimento e o engrandecimento do acesso à Internet ocasionaram um reposicionamento do conceito de privacidade a partir dos anos 80, correspondendo, atualmente, ao direito que todos possuem de dispor com exclusividade

³² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos* (Pacto de San José da Costa Rica), 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 03 mai. 2015.

³³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Escher e Outros VS. Brasil*. Data do Julgamento: 20/09/2009. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_208_por.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2016. par. 113.

³⁴ Cumpre mencionar que o direito à privacidade está positivado em diversos outros diplomas legais no âmbito internacional e regional, tais como: Convenção sobre os Direitos da Criança (artigo 16); Convenção sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros de Sua Família (artigo 14); Convenção para a Proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais – Conselho da Europa (artigo 8), Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 7), dentre outros.

³⁵ DONEDA, Danilo. *A tutela dos dados pessoais na Internet: o direito a autodeterminação informativa*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/5333-5325-1-PB.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

³⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. *Relatório do Relator Especial para Promoção e Proteção ao Direito à Liberdade de Opinião e Expressão (A/HRC/17/27)*. Relator Frank La Rue. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2015. par. 57.

³⁷ PAESINI, Liliana Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 34.

das próprias informações, mesmo quando estas estiverem disponíveis em bancos de dados.³⁸ Em contrapartida às definições tradicionais, segundo as quais o direito à privacidade é o direito de ser deixado só,³⁹ é possível constatar que:

[...] parece cada vez mais frágil a definição de “privacidade” como o “direito de ser deixado só”, que decai em prol de definições cujo centro de gravidade é representado pela possibilidade de cada um controlar o uso das informações que lhe dizem respeito. Não que este último aspecto estivesse ausente das definições tradicionais: nelas, porém, ele servia muito mais para sublinhar e exaltar o ângulo individualista, apresentando a privacidade como mero instrumento para realizar a finalidade de ser deixado só; enquanto hoje chama a atenção sobretudo para a possibilidade de indivíduos e grupos controlarem o exercício dos poderes baseados na disponibilização de informações, concorrendo assim para estabelecer equilíbrios sócio-políticos mais adequados.⁴⁰

O desenvolvimento tecnológico e o efeito rede⁴¹ acarretaram uma alteração na perspectiva da privacidade, por meio de intervenções neste direito. O acesso à rede não se distancia dos correios tradicionais e telefonia, quando analisado sob o prisma da privacidade, uma vez que o indivíduo não compactuaria com a inspeção de suas cartas, ou a gravação de suas ligações telefônicas, o que nos leva a crer que existe uma expectativa de sigilo e neutralidade assumida *a priori* no ambiente virtual.⁴²

³⁸ PAESINI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 35.

³⁹ O “direito de ser deixado só” advém da obra do juiz norte-americano Thomas Cooley (In: COOLEY, Thomas McIntyre. **A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs which Arise Independent of Contract**. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=7WogAAAAIAAJ&redir_esc=y>. Acesso em: 08 mai. 2016), sendo posteriormente reafirmado em um artigo considerado paradigma na temática da privacidade nos Estados Unidos, na qual os autores afirmam que o direito à privacidade protegeria o “direito de estar só” (In: WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**. Boston, v. 4, n. 05, dez. 1890, p. 193-220. Disponível em: <<http://www.english.illinois.edu/-people-/faculty/debaron/582/582%20readings/right%20to%20privacy.pdf>>. Acesso em: 08 mai. 2016). Esse conceito perdurou por décadas, até o advento de conceituações mais modernas, até porque sua acepção inicial não levava em conta uma noção unificadora, não podendo ser considerada como um conceito que exprime exigências difundidas de maneira uniforme na coletividade (In: RODOTÀ, Stefano. **A Vida na Sociedade da Vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 28).

⁴⁰ RODOTÀ, Stefano. **A Vida na Sociedade da Vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 24.

⁴¹ JENNINGS, Charles; FENA, Lori. **Privacidade.com: como preservar sua intimidade na era da internet**. São Paulo: Futura, 2000, p. 133.

⁴² GETSCHKO, Demi. As Origens do Marco Civil da Internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 13.

Mesmo com a consagração de que os indivíduos possuem direito à proteção do direito à privacidade também no meio virtual, vê-se constantemente violações dessas garantias. Há, por exemplo, uma grande preocupação com a tendência de bloquear o acesso em períodos específicos, com o objetivo de prevenir que os usuários acessem ou disseminem informações e ideias em momentos políticos especiais, tais como eleições, tempos de intensa movimentação social, ou em datas de comemoração de momentos históricos ou políticos. Verificou-se em diversos momentos que, nesses períodos, as páginas de partidos da oposição, da mídia independente e de redes sociais, tais como o *Twitter* e o *Facebook*, foram bloqueadas. Testemunhou-se, por exemplo, a utilização desse tipo de ferramenta no Egito, quando usuários foram desconectados do acesso à rede, durante o período de insurgência popular, em 2011.⁴³

O direito à privacidade, que o indivíduo pretende ver garantido, pode estar diretamente ligado a cada contexto específico, como no caso da *web*.⁴⁴ Ou seja, um número considerável de usuários deixa de ver aplicado seu direito à privacidade para ter condições e meios de utilizar a Internet. Com a renúncia desse direito, o da proteção da privacidade, os dados e arquivos pessoais tornaram-se propriedade, até então legítima, de intermediários e seus clientes.⁴⁵

Por esse e outros motivos, cabe destacar que, justamente em função da vida em sociedade, a proteção da privacidade é necessariamente relativa. Entretanto, é preciso cautela nesse ponto, já que as autoridades públicas somente devem solicitar informações que interfiram na vida privada da população em caso de essencial interesse da sociedade e com propósito especificado, tudo nos termos do Pacto.⁴⁶

Algumas empresas privadas, com a finalidade de garantir transparência a seus usuários, passaram a divulgar informações sobre as requisições de dados por parte dos Estados. O *Facebook* garante tratar com seriedade a privacidade dos usuários, relatando que, quando do recebimento de uma requisição do Estado, realiza uma análise sobre a legitimidade do pedido e que, somente após sua validação, remete sua resposta.⁴⁷ A rede social informa, ainda, dados numéricos sobre as requisições. A título de demonstração, é possível extrair do relatório que no ano de 2015 o governo brasileiro efetuou 2.920 requisições

⁴³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. **Relatório do Relator Especial para Promoção e Proteção ao Direito à Liberdade de Opinião e Expressão (A/HRC/17/27)**. Relator Frank La Rue. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2015. par. 30.

⁴⁴ GETSCHKO, Demi. As Origens do Marco Civil da Internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 16.

⁴⁵ CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003, p. 144.

⁴⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comitê dos Direitos Humanos. **Comentário Geral nº 16 sobre o Artigo 17 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos**. Disponível em: <<https://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom16.htm>>. Acesso em: 08 ago. 2015. par. 07.

⁴⁷ FACEBOOK INC. **Safety Center**. Disponível em: <<https://www.facebook.com/safety/groups/law/>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

de dados, das quais a empresa atendeu a 40,60%; os Estados Unidos efetuaram 36.812 requisições, e tiveram atendidos 80,63% dos pedidos; já a Alemanha efetuou 5.484 requisições, tendo recebido dados de 38,95% das solicitações.⁴⁸

Os relatórios que divulgam informações que se referem à privacidade dos usuários é uma das maneiras de proteção da vida privada. Nessa senda, cada vez mais, grandes empresas como a *Microsoft*⁴⁹, *Google*⁵⁰ e *Yahoo!*⁵¹ produzem e disponibilizam relatórios de transparência, indicando, por exemplo, o número de solicitações de retirada de conteúdo e de acesso de dados dos usuários.

Entretanto, para que se identifique se os limites da relativização do direito à privacidade são legais, seria preciso que os indivíduos tivessem o direito de verificar, de forma inteligível, *se e quais* dados pessoais são armazenados automaticamente e *para qual propósito*. Mais do que isso, dispor aos usuários a possibilidade de verificar⁵² quais autoridades públicas ou indivíduos privados têm ou podem vir a exercer controle sobre seus arquivos. Se tais arquivos contiverem dados pessoais incorretos ou tiverem sido coletados ou processados contrariamente às disposições legais, o indivíduo deve ter o direito de requisitar retificação ou eliminação dos referidos dados.⁵³ Quando as informações envolverem conteúdos de cunho econômico, é ainda mais latente a permissão aos usuários, para que estes possam exercer um real controle sobre a exatidão dos dados, saber quem utiliza e a modalidade de utilização das informações.⁵⁴

Além disso, analisando a afirmativa de que a privacidade depende do contexto, e sabendo que a Internet é uma rede de camadas sobrepostas, salienta-se que:

⁴⁸ FACEBOOK INC. **Government Requests Report**. Disponível em: <<https://govtrequests.facebook.com/>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

⁴⁹ MICROSOFT CORPORATION. **Transparency Hub**. Disponível em: <<https://www.microsoft.com/about/csr/transparencyhub/>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

⁵⁰ GOOGLE INC. **Transparency Report**. Disponível em: <<https://www.google.com/transparencyreport/?hl=pt-BR>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

⁵¹ YAHOO! INC. **Transparency Report**. Disponível em: <<https://transparency.yahoo.com/>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

⁵² Ressalta-se que, em outras situações, “aos sujeitos privados foi concedido um direito de controle sobre a atividade de sujeitos públicos, pelo simples fato de que estes geriam recursos que eram fornecidos justamente pelos privados”. In: RODOTÀ, Stefano. **A Vida na Sociedade da Vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 49. Exemplo disso é a promulgação da Lei de Acesso à Informação no Brasil, que permite que os cidadãos “controlem” a gestão dos recursos públicos, possibilitando que o contribuinte tenha acesso a esse tipo de informação. In: BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997**. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9507.htm>. Acesso em: 09 abr. 2016.

⁵³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comitê dos Direitos Humanos. **Comentário Geral nº 16 sobre o Artigo 17 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos**. Disponível em: <<https://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom16.htm>>. Acesso em: 08 ago. 2015. par. 10.

⁵⁴ RODOTÀ, Stefano. **A Vida na Sociedade da Vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 36.

[...] tudo que se passa em cada uma delas, toda a interação específica àquela camada deveria, a princípio, resumir-se à camada em foco. Uma forma mais usual de tratar disso é conceber que a privacidade é um conceito que depende de contexto. A privacidade almejada é diferente em cada contexto e, enquanto é razoável que um banco saiba exatamente e identifique positivamente seus clientes antes de lhes fornecer saldo e a movimentação de sua conta bancária, o mesmo não é necessariamente válido para um sítio de informações que usamos, uma rede social, um blog e outras ferramentas. Mais que isso, quem está envolvido, por exemplo, em nos prover acesso deve limitar sua captura de informações ao necessário para que o acesso seja adequadamente provido, para que sua atividade-foco seja bem concluída. Navegação é outra camada, acima do acesso, e que não diz respeito àquele serviço e, assim, mesmo podendo por recursos técnicos acompanhar a navegação de seus clientes, um provedor de acesso deveria restringir-se ao contexto de que trata.⁵⁵

Nesse sentido, um provedor de acesso pode obter dados necessários para que seja possível a prestação de serviços, mas não poderia receber informações sobre quais são as pesquisas realizadas pelos usuários em *sites* de busca como o *Google*, por exemplo. Esse acesso a camadas de forma arbitrária e desnecessária poderia configurar um Estado de Vigilância, uma forma de contaminação na democracia pela intrusão dos governos e empresas na liberdade e na privacidade dos indivíduos, sejam eles atores públicos ou privados.⁵⁶

Além do já citado, há outras situações nas quais é possível verificar uma relativização do direito à privacidade. Exemplo disso são os casos nos quais há divulgação de notícia consentida pelo indivíduo, quando se verifica o direito à privacidade como um limite natural do direito à informação e quando há consentimento implícito e é cristalino o interesse do indivíduo em divulgar aspectos da própria vida privada.⁵⁷ Quer dizer, a privacidade é invólucro de fatos que se circunscrevem a um número limitado de pessoas, e se os fatos ocorrerem em público, por decorrência lógica, não têm natureza privada.⁵⁸

Portanto, é aceitável impor limites ao direito à privacidade em determinadas circunstâncias, correspondendo à posição de determinado indivíduo na sociedade, isso se for de relevância pública e se o interesse concernir somente à notícia que seja útil na obtenção de informações para fins de avaliação sobre

⁵⁵ GETSCHKO, Demi. As Origens do Marco Civil da Internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 16 e 17.

⁵⁶ MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. Breves Notas Acerca das Relações Entre a Sociedade em Rede, a Internet e o Assim Chamado Estado de Vigilância. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 30.

⁵⁷ PAESINI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 34.

⁵⁸ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Sistema Protetivo dos Direitos da Personalidade. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord.). **Responsabilidade Civil na Internet e nos Demais Meios de Comunicação**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 25-76.

a pessoa enquanto personalidade pública. Outros limites podem ser impostos no que se refere a interesses coletivos que tenham predominância sobre o interesse particular, como em alguns casos de divulgação de notícias com finalidades científicas ou de polícia.⁵⁹

Mesmo para as interferências que estejam dentro dos limites e regras estabelecidas pelo Pacto, é preciso que haja uma legislação detalhada sobre as circunstâncias exatas nas quais tais intervenções serão permitidas. A tomada de decisão sobre uma interferência deve ser feita pela autoridade competente designada por lei, e com uma análise de cada caso concreto, visto que o artigo 17 do Pacto requer que a integridade e confidencialidade da correspondência sejam garantidas *de jure* e *de facto*.^{60, 61}

Assim, a coleta e o armazenamento de dados pessoais em computadores, bancos de dados e outros dispositivos, seja por autoridades públicas ou empresas e intermediários privados, devem ser regulados por meio de dispositivos legais. Medidas efetivas devem ser tomadas pelos Estados para garantir que as informações tocantes à vida privada dos indivíduos não sejam alcançadas por pessoas não autorizadas pela lei para recebê-las, processá-las ou utilizá-las.⁶²

O artigo 17 do Pacto prevê, ainda, proteção à honra pessoal e à reputação, e para tanto, os Estados estão obrigados a prover uma legislação adequada para cumprir esse fim. As previsões legais devem guarnecer o indivíduo de mecanismos de prevenção e proteção contra qualquer ataque ilegal, além de disponibilizar remédios efetivos contra esses ataques.⁶³

Visualiza-se, hoje, um cenário no qual não só o Governo ameaça a privacidade, mas também o comércio pela Internet. A *web* transformou-se num mercado atrativo e extremamente ativo e, nesse processo, fez com que a privacidade passasse de um direito a uma *commodity*⁶⁴, um bem comerciável. O

⁵⁹ PAESINI, Liliana Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 34.

⁶⁰ Expressões em latim que significam *de direito* e *de fato*, respectivamente.

⁶¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comitê dos Direitos Humanos. *Comentário Geral nº 16 sobre o Artigo 17 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos*. Disponível em: <<https://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom16.htm>>. Acesso em: 08 ago. 2015. par. 08.

⁶² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comitê dos Direitos Humanos. *Comentário Geral nº 16 sobre o Artigo 17 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos*. Disponível em: <<https://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom16.htm>>. Acesso em: 08 ago. 2015. par. 10.

⁶³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comitê dos Direitos Humanos. *Comentário Geral nº 16 sobre o Artigo 17 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos*. Disponível em: <<https://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom16.htm>>. Acesso em: 08 ago. 2015. par. 11.

⁶⁴ Por *commodity* compreende-se que a informação passa a ser considerada como um bem material intangível, mensurável ou não, passível de valoração e negociação entre partes interessadas. In: GALVAO, Alexander Patêz. *A Informação como Commodity: mensurando o setor de informações em uma nova economia*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-19651999000100009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 16 out. 2015.

arcabouço jurídico que protege a privacidade fica esvaziado frente à agressividade das práticas mercantis, originárias da circulação dos dados virtuais. Em decorrência disso, emerge a necessidade de proteção legal especial do direito ao controle sobre as informações do indivíduo.⁶⁵

A violação da privacidade no ambiente virtual ocorre quando as informações deixadas pelo usuário enquanto esteve conectado a um servidor de Internet são recolhidas pelos *cookies*⁶⁶, que absorvem textos com informações sobre o comportamento do usuário no ambiente virtual. Essas informações, são utilizadas para os mais diversos fins, inclusive para a venda, em um mercado que as considera como uma fonte de divulgação das marcas. O envio de mensagens publicitárias por e-mail, por exemplo, constitui uma forma de venda das mais comuns na rede, prática tolerada, desde que não obsessiva e contrária à ordem pública.⁶⁷

O *Twitter* divulga o uso de *cookies*, *pixels*⁶⁸ e tecnologias de armazenamento, alegando que, assim, é possível prestar, medir e melhorar os serviços oferecidos.⁶⁹ A empresa informa, ainda, que assim é possível garantir maior segurança ao usuário, identificar e adequar o *site* às suas preferências, realizar pesquisas visando a uma melhor experiência, proporcionar acesso a um conteúdo personalizado, bem como entregar anúncios e torná-los mais relevantes aos clientes com base em critérios como a atividade no *Twitter* e as visitas a *sites* de anúncios. É importante destacar que o *Twitter* oferece meios pelos quais

⁶⁵ PAESINI, Liliana Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 37.

⁶⁶ Os *cookies* são arquivos de texto, originados de um *site* na Internet, gravados no disco rígido de um computador e utilizados pelo programa navegador dessa máquina, identificando as visitas a *sítios* na *web* efetuadas pelo computador (nunca pelo usuário). Eles subdividem-se em *cookies* temporários (permanecem na memória RAM e são deletados no momento em que o programa navegador é encerrado) e *cookies* permanentes/persistentes (gravados no disco rígido quando do término da navegação). In: LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 135.

⁶⁷ PAESINI, Liliana Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 39 e 40.

⁶⁸ Os *pixels* (conhecidos também como *pixel tags*, *GIF limpos*, *web beacons*), são pequenos blocos/quantidade de código em uma página na Internet ou em uma notificação por email que permitem que elas realizem ações como ler e armazenar *cookies* e transmitir informações para os seus parceiros. In: TWITTER INC. *Uso de Cookies e Tecnologias semelhantes no Twitter*. Disponível em: <<https://support.twitter.com/articles/20170523#>>. Acesso em: 15 nov. 2015; FACEBOOK INC. *Cookies, pixels e tecnologias semelhantes*. Disponível em: <<https://www.facebook.com/help/cookies/>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

⁶⁹ TWITTER INC. *Uso de Cookies e Tecnologias semelhantes no Twitter*. Disponível em: <<https://support.twitter.com/articles/20170523#>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

o usuário poderá desativar alguma das funções, se desejar mais privacidade de dados pessoais ou sensíveis.⁷⁰ No mesmo sentido, o *Facebook* também divulga sua política de uso de *cookies*, *pixels* e tecnologias semelhantes.⁷¹

Ainda que as discussões acerca do direito à privacidade não sejam recentes, a privacidade em uma realidade pós-Internet tem nuances próprias, que necessitam de averiguação doutrinária.⁷² Assim, a Internet não pode ser considerada uma esfera totalmente livre, mas tampouco se vislumbra a profecia *orwelliana*. O tema merece contínua análise, a fim de que o seu entendimento esteja em consonância com a atualidade tecnológica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A velocidade com que surgem novas tecnologias é ímpar, e algumas áreas do conhecimento não são capazes de acompanhar tamanha rapidez. Os fatos desencadeados pelas novas tecnologias fazem com que a sociedade exija que os tribunais resolvam eventuais lides, mesmo que não haja legislação específica atinentes à matéria, e o requer visando a garantia de seus direitos mais fundamentais, como os direitos objeto do presente estudo.

A Internet fez com que as discussões acerca da privacidade e liberdade de expressão dos indivíduos fosse exaltada. Isso porque a *web* possibilita tanto uma maior expressão do ser humano, ao passo que ele possui ferramentas que são capazes de propagar uma ideia por todo o globo em questão de segundos, quanto possibilidades de violação de sua privacidade, por existirem meios de sequestro de qualquer informação digital.

Por esse motivo, a implantação de legislações domésticas que caminhem ao lado dos novos posicionamentos internacionais sobre o tema é medida emergencial, regulando práticas para que, assim, sejam resguardados os direitos humanos atinentes ao espaço *online*. Não é possível limitar-se à autorregulação da Internet, que busca preencher as lacunas legais. É necessária legislação contundente para que se evitem arbitrariedades e ilegalidades.

⁷⁰ Conforme a política de Uso de Cookies e Tecnologias Semelhantes no *Twitter*, a empresa afirma: “temos o compromisso de oferecer opções de privacidade significativas. Você tem várias opções para controlar ou limitar a forma como o Twitter, nossos parceiros e terceiros usam cookies”. In: TWITTER INC. *Uso de Cookies e Tecnologias semelhantes no Twitter*. Disponível em: <<https://support.twitter.com/articles/20170523#>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

⁷¹ FACEBOOK INC. *Cookies, pixels e tecnologias semelhantes*. Disponível em: <<https://www.facebook.com/help/cookies/>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

⁷² JENNINGS, Charles; FENA, Lori. *Privacidade.com: como preservar sua intimidade na era da internet*. São Paulo: Futura, 2000, p. 43.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BEATRIZ, Celina. Os Direitos Humanos e o Exercício da Cidadania em Meios Digitais. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 67-78.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997**. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9507.htm>. Acesso em: 09 abr. 2016.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

COOLEY, Thomas McIntyre. **A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs which Arise Independent of Contract**. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=7WogAAAAIAAJ&redir_esc=y>. Acesso em: 08 mai. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Escher e Outros VS. Brasil**. Data do Julgamento: 20/09/2009. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_208_por.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2016.

DONEDA, Danilo. **A tutela dos dados pessoais na Internet**: o direito a autodeterminação informativa. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/5333-5325-1-PB.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

FACEBOOK INC. **Cookies, pixels e tecnologias semelhantes**. Disponível em: <<https://www.facebook.com/help/cookies/>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

_____. **Government Requests Report**. Disponível em: <<https://govtrequests.facebook.com/>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

_____. **Safety Center**. Disponível em: <<https://www.facebook.com/safety/groups/law/>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

- GALVAO, Alexander Patêz. **A Informação como Commodity**: mensurando o setor de informações em uma nova economia. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-19651999000100009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 16 out. 2015.
- GETSCHKO, Demi. As Origens do Marco Civil da Internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12-17.
- GOOGLE INC. **Transparency Report**. Disponível em: <<https://www.google.com/transparencyreport/?hl=pt-BR>>. Acesso em: 27 mar. 2016.
- GUERRA, Sidney. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.
- JENNINGS, Charles; FENA, Lori. **Privacidade.com**: como preservar sua intimidade na era da internet. São Paulo: Futura, 2000.
- LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.
- MICROSOFT CORPORATION. **Transparency Hub**. Disponível em: <<https://www.microsoft.com/about/csr/transparencyhub/>>. Acesso em: 27 mar. 2016.
- MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. Breves Notas Acerca das Relações Entre a Sociedade em Rede, a Internet e o Assim Chamado Estado de Vigilância. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 29-48.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. **Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <<https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2015.
- _____. Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2015.
- _____. Assembleia Geral. **Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos**. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. Assembleia Geral. **Registros Oficiais da 54ª Reunião da 69ª Sessão (A/C.3/69/SR.54)**. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/648/52/PDF/N1464852.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

_____. Comitê dos Direitos Humanos. **Comentário Geral nº 16 sobre o Artigo 17 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: <<https://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom16.htm>>. Acesso em: 08 ago. 2015.

_____. Comitê dos Direitos Humanos. **Comentário Geral nº 34 sobre o Artigo 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

_____. Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. **Relatório do Relator Especial para Promoção e Proteção ao Direito à Liberdade de Opinião e Expressão (A/HRC/17/27)**. Relator Frank La Rue. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2015.

_____. Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. **Resumo do Painel de Discussão do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas sobre o Direito à Privacidade na Era Digital (A/HRC/28/39)**. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session28/Pages/ListReports.aspx>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

_____. **Os Princípios de Joanesburgo, Segurança Nacional, Liberdade de Expressão e Acesso à Informação (E/CN.4/1996/39)**. Disponível em: <<https://www1.umn.edu/humanrts/instree/Pjohannesburg.html>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (Pacto de San José da Costa Rica), 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 03 mai. 2015.

RODOTÀ, Stefano. **A Vida na Sociedade da Vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Sistema Protetivo dos Direitos da Personalidade. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord). **Responsabilidade Civil na Internet e nos Demais Meios de Comunicação**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 25-76.

TWITTER INC. **Uso de Cookies e Tecnologias semelhantes no *Twitter***. Disponível em: <<https://support.twitter.com/articles/20170523#>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**. Boston, v. 4, n. 05, dez. 1890, p. 193-220. Disponível em: <<http://www.english.illinois.edu/-people-/faculty/debaron/582/582%20readings/right%20to%20privacy.pdf>>. Acesso em: 08 mai. 2016.

YAHOO! INC. **Transparency Report**. Disponível em: <<https://transparency.yahoo.com/>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

doenças ocupacionais frente à tecnologia das novas ferramentas de trabalho

Tássia Maíra Lehmann

Graduada do Curso de Direito da Universidade Feevale. E-mail: tassia.lehmann@gmail.com.

Andrio Portuguez Fonseca

Professor orientador. Docente da Universidade Feevale. E-mail: prof.andriofonseca@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo estudar as doenças ocupacionais frente às novas tecnologias e ferramentas do campo de trabalho atual. Diante dessa estrutura, pretende-se analisar de que maneira essas novas ferramentas de trabalho podem contribuir para o desenvolvimento de doenças ocupacionais, pois ao mesmo tempo em que elas têm facilitado o acesso e contribuído para a realização de inúmeras tarefas, se tem observado que elas acabam por atrelar o indivíduo ao seu trabalho e conseqüentemente impossibilitando-o de se desconectar deste para poder desfrutar dos momentos de lazer com sua família ou amigos e do próprio descanso, o qual é extremamente necessário a todo ser que trabalha. Em um primeiro momento, a pesquisa traz o conceito de doenças ocupacionais e discorre sobre as espécies em que elas se subdividem, evidenciando-se as suas peculiaridades. Em seguida, as novas ferramentas e tecnologias de trabalho são conceituadas, trazendo-se os exemplos mais utilizados atualmente. Ainda neste ponto, estuda-se o meio ambiente laboral e por fim, são analisadas as doenças ocupacionais que decorrem da utilização destas novas ferramentas, especificamente com relação ao impacto que elas causam na vida profissional e pessoal dos trabalhadores. Para tanto, a pesquisa utiliza-se do método bibliográfico, que se funda na utilização de obras de vários juristas, artigos acadêmicos e jurisprudência dos tribunais brasileiros.

1 CONCEITO DE DOENÇAS OCUPACIONAIS E SUAS PECULIARIDADES

Doenças ocupacionais são consideradas ainda mais graves do que os acidentes de trabalho, visto que decorrem de agressões imperceptíveis no ambiente laboral e que vão aos poucos afetando a capacidade laborativa dos empregados.¹ José Cairo Júnior destaca que a doença ocupacional é um evento vagaroso e paulatino, completamente distinto do acidente-tipo, que será estudado no ponto a seguir. Afirmar tratar-se de um gênero, que tem como espécies as doenças profissionais e as doenças do trabalho, estando atualmente disposto na Lei nº 8.213/91 em seu artigo 20, incisos I e II, cuja redação segue abaixo transcrita²:

Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da

¹ ROJAS, Pablo. *Técnico em Segurança do Trabalho*. Porto Alegre: Bookman, 2015, p. 133.

² CAIRO JÚNIOR, José. *O Acidente do Trabalho e a Responsabilidade Civil do Empregador*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 51.

respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.³

Daniela Aparecida Flausino Negrini acompanha o entendimento, conforme se pode analisar no trecho de sua obra que trata do acidente de trabalho e suas consequências sociais, ao afirmar que doença ocupacional é o termo genérico utilizado pelos doutrinadores, que se subdivide em duas espécies, doença profissional e doença do trabalho:

O art. 20 da Lei n. 8.213/91, já descrito no item anterior, se observado, constatamos que no inciso I, descreve sobre a doença profissional e no inciso II, sobre a doença do trabalho, de igual forma, todas são consideradas modalidades de doenças relacionadas com o trabalho, contudo, cada modalidade tem a sua especificação, sendo o termo “doença ocupacional” considerado pela doutrina uma denominação genérica, que engloba essas modalidades.⁴

Baseando-se na análise do referido dispositivo legal, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, entendem que doenças profissionais e doenças do trabalho, também chamadas de doenças ocupacionais, se constituem em diferentes tipos de doenças associadas ao trabalho, isto é, que decorrem da atividade laboral desenvolvida pelo trabalhador. Ou seja, em outras palavras, tratam-se de moléstias relacionadas no Anexo II do Decreto nº 3.048/99 que se originam em decorrência do trabalho desempenhado pelo indivíduo ou em razão das condições a que este é submetido em seu ambiente de labor.⁵

A saúde dos trabalhadores é frequentemente prejudicada em razão da exposição contínua a agentes nocivos presentes no ambiente laboral. No ponto, Pablo Rojas refere que as principais doenças ocupacionais, segundo o Ministério da Saúde, são o distúrbio osteomuscular relacionado ao trabalho (DORT), a perda auditiva induzida pelo ruído ocupacional (PAIR) e as doenças relacionadas ao estresse. A primeira corresponde ao conjunto de sintomas provocados por lesões musculares, nos tendões e em ligamentos, que afetam “os membros superiores em torno do ombro e região cervical em virtude do uso repetido

³ BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.213, de vinte e quatro de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 20 ago. 2015.

⁴ NEGRINI, Daniela Aparecida Flausino. **Acidente do trabalho e suas consequências sociais**. São Paulo: LTr, 2010, p. 20.

⁵ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 627-628.

dos músculos ou de postura inadequada durante a execução das atividades profissionais.” A segunda consiste na “diminuição gradual da audição decorrente de exposição contínua a níveis elevados de ruído”, isto é, ocorre a redução progressiva da audição causada pela exposição diária a altos níveis de ruído e por tempo prolongado que não há como recuperar. Normalmente consiste em um processo muito lento e, quando trabalhador percebe que perdeu parte da audição, já não há mais nada a fazer para reverter o quadro. E por fim, as doenças relacionadas ao estresse são aquelas que se desenvolvem principalmente em razão da imposição do empregador pelo alcance de metas e concretização do trabalho em tempo hábil, fazendo que o trabalhador sinta-se pressionado, desenvolvendo “diversos distúrbios psíquicos, como irritabilidade, fadiga, medo de acidente, de assalto e de desemprego, sonolência, ansiedade, depressão, tensão, distúrbios do sono.”⁶

Ao tratarem do tema em questão, Antonio Lopes Monteiro e Roberto Fleury de Souza Bertagni afirmam que as doenças profissionais são também denominadas de “ergopatias”, “tecnopatias” ou ainda “doenças profissionais típicas”, oriundas do desenvolvimento de determinada atividade profissional. No entendimento dos referidos doutrinadores as doenças profissionais “decorrem de microtraumas que cotidianamente agridem e vulneram as defesas orgânicas” e devido a essa peculiaridade, o nexo causal com o trabalho é presumido.⁷

Nesse sentido corrobora a jurisprudência regional:

DOENÇA OCUPACIONAL. NEXO CAUSAL. Havendo nexo técnico presumido entre a patologia e as atividades laborais é do empregador o ônus de provar de provar o contrário, não se prestando a tanto o laudo técnico que não investiga as condições de trabalho do ponto de vista da ergonomia.⁸

⁶ ROJAS, Pablo. *Técnico em Segurança do Trabalho*. Porto Alegre: Bookman, 2015, p. 134, 136-137.

⁷ MONTEIRO, Antonio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. *Acidentes do Trabalho e Doenças Ocupacionais: conceito, processos de conhecimento e de execução e suas questões polêmicas*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 12.

⁸ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 4ª Região. **Recurso Ordinário n. 0000573-18.2012.5.04.0281**. Relatora Desembargadora Maria Cristina Schaan Ferreira. Data do julgamento: 12 nov. 2014. Disponível em: <http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:2zsOLyMFUosJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpspp.baixar%3Fc%3D51797673+doen%C3%A7a+profissional+nexo+causal+presumido+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2014-09-20..2015-09-20++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 20 set. 2015.

Portanto, estas moléstias ou doenças profissionais são alterações fisiopsicológicas ocasionadas indubitavelmente em razão de determinadas atividades laborais que sempre apresentam correlação entre a causa e o efeito, isto é, entre o trabalho e a doença desenvolvida.⁹

Caracterizadas pela particularidade necessária a ser aplicada no desenvolvimento de atividade laboral específica, as doenças profissionais ocorrem tão somente em razão de determinado trabalho, sendo uma de suas características a insalubridade. É necessário referir que as moléstias profissionais são adquiridas de forma involuntária, ou seja, ainda que o trabalhador tivesse o intuito de causá-las, não iria conseguir, pois elas se originam independentemente da provocação do obreiro, necessitando de atividade específica para a sua aquisição.¹⁰

José Cairo Júnior faz referência a alguns exemplos tradicionais de doenças profissionais como a PAIR – Perda Auditiva Induzida por Ruído que especialmente acomete as telefonistas e os demais operadores de telefonia e a LER/DORT – Lesão por Esforço Repetitivo, atualmente denominada de Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho que conseqüentemente revelam-se nos indivíduos que trabalham com digitação.¹¹

Contudo, não se pode afirmar que existe consenso com relação a classificação dos exemplos citados pelo doutrinador acima, especialmente quanto às Lesões por Esforço Repetitivo e os Distúrbios do Sistema Osteomuscular Relacionados ao Trabalho, haja vista que autores como Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari¹² e ainda Daniela Aparecida Flausino Negrini¹³ afirmam que estes são considerados exemplos de doenças do trabalho, conforme será demonstrado a seguir.

Por sua vez, no que tange às doenças do trabalho, Antonio Lopes Monteiro e Roberto Fleury de Souza Bertagni afirmam que elas são igualmente conhecidas por “mesopatias” ou “moléstias profissionais atípicas” e que correspondem a micro traumas ocasionados pelas condições peculiares em que a atividade laboral é desenvolvida, ou seja, decorrem em razão das condições especiais a que o trabalhador é submetido.¹⁴ Outro ponto relevante de análise

⁹ MARANO, Vicente Pedro. *Doenças Ocupacionais*. São Paulo: LTr, 2003, p. 33-34.

¹⁰ MANHABUSCO, José Carlos; MANHABUSCO, Giancarlo Camargo. *Responsabilidade Civil Objetiva do Empregador Decorrente de Acidente do Trabalho e do Risco da atividade*. São Paulo: LTr, 2010, p. 35.

¹¹ CAIRO JÚNIOR, José. *O Acidente do Trabalho e a Responsabilidade Civil do Empregador*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 52.

¹² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 627.

¹³ NEGRINI, Daniela Aparecida Flausino. *Acidente do trabalho e suas conseqüências sociais*. São Paulo: LTr, 2010, p. 21-22.

¹⁴ MONTEIRO, Antonio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. *Acidentes do Trabalho e Doenças Ocupacionais: conceito, processos de conhecimento e de execução e suas questões polêmicas*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 13.

é destacado por José Cairo Júnior, o qual afirma que “A doença do trabalho não guarda relação direta com uma atividade ou profissão específica. Ela surge ou aflora quando o trabalhador presta seus serviços em condições especiais e desfavoráveis à sua saúde.” Ou seja, ditas patologias não estão vinculadas ao trabalho propriamente dito, mas sim ao ambiente laboral e as condições em que a ocupação é desempenhada.¹⁵

Nessa esteira, afirmam José Carlos Manhabusco e Gianncarlo Camargo Manhabusco que o meio ambiente de trabalho é o principal causador deste tipo de doenças, tendo em vista que elas são desenvolvidas em decorrência das circunstâncias que cercam a prestação do serviço. Logo, o nexo etiológico não é presumido, fazendo-se, portanto, necessário comprová-lo seja por prova pericial, testemunhal, entre outras.¹⁶

Corroborando, segue a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região:

AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. DOENÇA DO TRABALHO. Inexistindo nexo causal entre a enfermidade que acomete o reclamante com alguma conduta praticada pelo empregador, resta desconfigurada a hipótese de caracterização de doença do trabalho nos moldes como definido pela legislação previdenciária, sendo indevidas as pretendidas indenizações por dano moral e material. Negado provimento ao recurso ordinário do reclamante.¹⁷

Ainda, pode-se citar a relevante lição dos autores Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, extraída de seu manual de direito previdenciário, que com clareza expõem o tema:

Denomina-se doença do trabalho aquela adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, estando elencada no referido Anexo II do Decreto n. 3.048/99, ou reconhecida pela Previdência. É o caso, *verbi gratia*, de um empregado de casa noturna cujo “som ambiente” supere os limites de tolerância; a atividade profissional que desempenha não geraria nenhuma doença ou perturbação funcional auditiva, porém, pelas condições em que exerce o seu trabalho, está sujeito ao agente nocivo à sua saúde – ruído excessivo.¹⁸

¹⁵ CAIRO JÚNIOR, José. *O Acidente do Trabalho e a Responsabilidade Civil do Empregador*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 52.

¹⁶ MANHABUSCO, José Carlos; MANHABUSCO, Gianncarlo Camargo. *Responsabilidade Civil Objetiva do Empregador Decorrente de Acidente do Trabalho e do Risco da atividade*. São Paulo: LTr, 2010, p. 36.

¹⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 4ª Região. *Recurso Ordinário n. 000031847.2011.5.04.0232*. Relatora Desembargadora Maria Helena Mallmann. Data do julgamento: 04 dez. 2014. Disponível em: <http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:VOnYdd6Cb1YJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpsp.baixar%3Fc%3D52064771++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2014-01-01..2016-07-05++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 20 set. 2015.

¹⁸ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 627.

Da leitura extrai-se que em casos de doenças profissionais a atividade é exigência fundamental para o desenvolvimento da doença, havendo assim direta relação de causa e efeito, pois com a eliminação do agente a doença não existiria, enquanto que para as doenças do trabalho, a atividade em si é fator concorrente para o desenvolvimento da doença, porém não necessariamente responsável.¹⁹

Inobstante isso, os doutrinadores acima referidos utilizam como exemplo de doença do trabalho os Distúrbios do Sistema Osteomuscular Relacionados ao Trabalho – DORT:

Também é o exemplo dos “Distúrbios do Sistema Osteomuscular Relacionados ao Trabalho” – DORT, dos quais as lesões por esforços repetitivos são o principal evento; são os casos em que as condições inadequadas, sob o prisma da ergonomia, desenvolvem os problemas típicos. A prevenção, no caso, deve ser baseada na limitação do tempo de exposição (duração da jornada e concessão de pausas regulares), na alteração do processo e organização do trabalho (evitando excessos de demanda) e na adequação de máquinas, mobília, equipamentos e ferramentas do trabalho às características ergonômicas dos trabalhadores.²⁰

Como se depreende, inversamente à concepção de José Cairo Junior, os autores acima destacados afirmam que os Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho são exemplos de doenças do trabalho e não de doenças profissionais, entendimento este que é ratificado por Daniela Aparecida Flausino Negrini, como se verifica em sua obra, cujo trecho segue abaixo transcrito:

Por sua vez, o grupo das LER (Lesão por Esforço Repetitivo)/Dort (Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho) é exemplo de doença do trabalho, que pode ser adquirida ou desencadeada em qualquer atividade, sem vinculação direta com uma profissão específica, com isso, essa doença, dentre outras, não tem nexos presumidos com o trabalho, sendo necessário no caso em tela, uma prova pericial, testemunhal e até mesmo constatação de indícios em muitos casos, para se provar o nexos com o labor.²¹

¹⁹ DOVAL, Adriana Navas Mayer. Os Acidentes e Seus Efeitos no Contrato de Trabalho: Suspensão ou Interrupção. *Revista do Direito do Trabalho*. v. 158-2014, jul./ago. 2014, p. 237-255. Disponível em: <[http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&sruid=ioad81815000001537cd851b22ba3ec15&docguid=102433b3022ab11e49e5101000000000&hitguid=102433b3022ab11e49e5101000000000&spos=10&epos=10&td=70&context=125&startChunk=1&endChunk=1#](http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&sruid=ioad81815000001537cd851b22ba3ec15&docguid=102433b3022ab11e49e5101000000000&hitguid=102433b3022ab11e49e5101000000000&spos=10&epos=10&td=70&context=125&startChunk=1&endChunk=1#>)>. Acesso em: 15 mar. 2016.

²⁰ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 627.

²¹ NEGRINI, Daniela Aparecida Flausino. *Acidente do trabalho e suas consequências sociais*. São Paulo: LTr, 2010, p. 21-22.

Assim, ao passo que as doenças profissionais decorrem de risco específico direto, pois são atreladas a determinada atividade laboral, as doenças do trabalho emanam do risco característico indireto, já que são desencadeadas em decorrência de condições peculiares. A exemplo disso cita-se a bronquite asmática, patologia que em princípio pode se desenvolver em qualquer indivíduo, eis que se origina de um risco genérico, entretanto, se o obreiro desempenhar suas funções submetido a circunstâncias típicas, prontamente o risco genérico altera-se para específico indireto.²²

Embora não seja simples, é de suma importância a diferenciação das duas espécies de moléstias ocupacionais, isso porque conforme já apontado, tratando-se de doença profissional, o nexa etiológico com a atividade laboral é presumido por lei, todavia, em sendo diagnosticado o trabalhador com uma possível doença do trabalho, compete a este provar que efetivamente essa enfermidade se desenvolveu em consequência do labor por ele prestado.²³

Nesse sentido, sustenta Cláudio Brandão:

A principal diferença entre as doenças profissionais e as do trabalho, reside na determinação do nexa causal. Na primeira hipótese, como referido supra, o nexa causal é presumido, neste último, ao contrário, necessária a demonstração, pelo empregado, da presença do elemento causador da enfermidade no labor.²⁴

Por essa razão, Daniela Aparecida Flausino Negrini afirma que somente as patologias previstas em lei ensejam o direito ao recebimento de prestações acidentárias. Entretanto, salienta a importância da ressalva prevista no parágrafo 2º do artigo 20 da Lei nº 8.213/91²⁵ a qual dispõe que comprovado o surgimento de moléstia profissional atípica, ou seja, patologia desencadeada em razão das condições peculiares em que o trabalho foi realizado, que não

²² MONTEIRO, Antonio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. **Acidentes do Trabalho e Doenças Ocupacionais: conceito, processos de conhecimento e de execução e suas questões polêmicas**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 13.

²³ CAIRO JÚNIOR, José. **O Acidente do Trabalho e a Responsabilidade Civil do Empregador**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 52.

²⁴ BRANDÃO, Cláudio. **Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p.189.

²⁵ "Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

[...]

§ 2º Em caso excepcional, constatando-se que a doença não incluída na relação prevista nos incisos I e II deste artigo resultou das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente, a Previdência Social deve considerá-la acidente do trabalho."

conste expressamente no rol da legislação, a Previdência Social deverá reputá-la como doença ocupacional e conceder o benefício acidentário.²⁶

Portanto, para ser considerada uma patologia ocupacional, a legislação exige que a mesma tenha se desenvolvido em decorrência e no decurso do trabalho.²⁷ Deste modo, a fim de bem esclarecer quais as doenças que não são consideradas como doenças do trabalho pela legislação, o parágrafo 1º do artigo 20, da Lei nº 8.213/91²⁸ as elenca nos seguintes termos:

Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

[...]

§ 1º Não são consideradas como doença do trabalho:

- a) a doença degenerativa;
- b) a inerente a grupo etário;
- c) a que não produza incapacidade laborativa;
- d) a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.

No tocante as excludentes referidas no artigo supracitado, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari asseguram que o primeiro grupo corresponde a doenças causadas por agentes endógenos, isto é, aquelas que são desencadeadas pelo desgaste habitual do corpo humano, que por sua vez acarretam lesões sucessivas na plenitude física e/ou mental. Porém, alertam que deve-se aplicar rigorosa cautela ao avaliar estas doenças, uma vez que nem toda patologia degenerativa é independente ao trabalho, como por exemplo, é o caso da neoplasia de cunho ocupacional, enfermidade típica de algumas profissões ocasionada pela habitual exposição a agentes carcinogênicos presentes no ambiente laboral.²⁹

²⁶ NEGRINI, Daniela Aparecida Flausino. **Acidente do trabalho e suas consequências sociais**. São Paulo: LTr, 2010, p. 22.

²⁷ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 628.

²⁸ BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.213, de vinte e quatro de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 20 ago. 2015.

²⁹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 628.

Seguindo a análise acima, a segunda classe de doenças excludentes refere-se ao grupo de trabalhadores que apresentam idade avançada, e como consequência disso é frequentemente acometido por enfermidades como a osteoporose³⁰. O terceiro grupo, por sua vez, diz respeito àquelas patologias que sequer produzem incapacidade, devendo-se atentar para o fato de que possuir determinada patologia não significa, por si só, possuir a incapacidade para o trabalho. E por fim, a quarta e última exclusão refere-se à doença típica de determinada localidade territorial, podendo se destacar como exemplo a malária, febre amarela, entre outras.³¹

Como visto o desencadeamento de doenças relacionadas com a atividade profissional se deu há muitos anos e segue ainda nos tempos atuais fazendo vítimas. Tais doenças foram posteriormente intituladas de doenças ocupacionais, em razão da ligação que têm com a atividade laborativa, entretanto, conforme exposto, se subdividem em duas categorias: doenças profissionais e doenças do trabalho, nos termos dos incisos I e II do artigo 20 da Lei nº 8.213/91.

2 DOENÇAS OCUPACIONAIS FRENTE ÀS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS DE TRABALHO

Nesta seção, abordam-se, de forma sucinta, as novas ferramentas de trabalho, o meio ambiente laboral e ao fim, as doenças ocupacionais ocasionadas em decorrência do uso contínuo dessas tecnologias.

2.1 NOVAS FERRAMENTAS E TECNOLOGIAS DE TRABALHO

Para João Roberto Loureiro de Mattos e Leonam dos Santos Guimarães, tecnologia “é o conjunto organizado de todos os conhecimentos – científicos, empíricos ou intuitivos – empregados na produção e comercialização de bens e serviços.” Em outras palavras, tecnologia corresponde ao “conhecimento (know-how), as instalações físicas e os procedimentos utilizados para produzir produtos, isto é bens e serviços”, sendo imprescindível que esses três componentes trabalhem juntos. O conhecimento é necessário para poder identificar como, quando e a razão pela qual de utilizar determinados procedimentos

³⁰ “A osteoporose é uma doença sistêmica progressiva caracterizada por diminuição da massa óssea e deterioração da microarquitetura, levando à fragilidade do osso e aumentando o risco de fraturas.” In: GALI, Julio Cesar. Osteoporose. *Acata Ortopédica Brasileira*. n. 9, v. 2, abr./jun. 2001, p. 3. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/aob/v9n2/v9n2a07.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

³¹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 628.

e equipamentos. As instalações físicas nada mais são do que os utensílios e aparelhos imprescindíveis para o desenvolvimento do bem/serviço e por fim, os procedimentos consistem nas normas e métodos para operar os utensílios e as ferramentas a fim de que seja concretizado processo de produção.³²

Consideram-se inovações aquelas modificações nos processos de produção e modelagem de produtos, baseadas no progresso tecnológico, não se tratando necessariamente de invenções que correspondem a descoberta de relações científicas ou técnicas que possibilitam o desenvolvimento por meio de um novo modo. Nesse sentido explicam Alessandro Marco Rosini e Angelo Palmisano:

A nova tecnologia não é necessariamente aquela que se baseia em computadores, nem aquela completamente inédita, mas sempre é a tecnologia nova para a empresa em questão, mesmo que ela não seja nova para o mercado. Novas tecnologias vão sempre provocar mudanças no ambiente social da organização e é difícil imaginar alguma inovação tecnológica que possa ser introduzida na empresa sem provocar qualquer efeito.³³

Importante lembrar que até o surgimento do maquinário, o trabalho era desenvolvido quase que de forma manufaturada pelas famílias e em suas próprias casas. Aos poucos, com o decorrer dos anos, surgiram pequenos atelieres que gradualmente começaram a reunir os operários e submetê-los a um trabalho efetivamente disciplinado, até que com o desenvolvimento do sistema fabril e a iniciação da manufatura em grande proporção foi possível que em um estabelecimento industrial, apenas um trabalhador fosse capaz de desempenhar de uma só vez o trabalho antes realizado por dezesseis pessoas.³⁴

Após o término da Segunda Guerra Mundial, até o princípio dos anos 70, o labor era desenvolvido exclusivamente por trabalhadores confinados nas grandes indústrias. Entretanto, com o processo expansivo da globalização e o surgimento de novas tecnologias de trabalho houve significativa alteração no mercado, reestruturando-se a forma de produção:

³² MATTOS, João Roberto Loureiro; GUIMARÃES, Leonam dos Santos. *Gestão da Tecnologia e Inovação: uma abordagem prática*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33 e 53.

³³ ROSINI, Alessandro Marco; PALMISANO, Angelo. *Administração de Sistemas de Informação e a Gestão do Conhecimento*. São Paulo: Cengage Learning, 2008, p.11.

³⁴ ROCHA, Julio Cesar de Sá. *Direito Ambiental do Trabalho: mudanças de paradigma na tutela jurídica à saúde do trabalhador*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 39.

Ao contrário da grande fábrica, o empregado tem a possibilidade de executar seu trabalho de forma descentralizada podendo atuar a distância, ou externado, com a utilização dos instrumentos de informática ou telemática através do teletrabalho.³⁵

Com o passar dos anos e o constante aprimoramento da tecnologia, novas ferramentas de informação e comunicação foram surgindo, propiciando o início de uma nova era que jamais se imaginava. Através da internet a captação, o compartilhamento e a transferência de informações ocorrem em tempo real e de qualquer lugar do mundo, proporcionando a disseminação de conhecimentos e o desenvolvimento tecnológico e científico.³⁶

Não se pode negar que com o advento da tecnologia na indústria o principal foco foram os serviços baseados em computadores.³⁷ No entanto, visto que em princípio sua utilização era somente em locais fixos, pois através de cabos eles eram conectados a outros computadores e a redes, percebeu-se que essa ferramenta restringia o trabalho de pessoas que laboram externamente, como por exemplo, o caso do vendedor externo. Assim, frente a estas limitações, novos dispositivos móveis foram sendo desenvolvidos e rapidamente introduzidos no mercado, trazendo melhorias e praticidade aos usuários:

A computação móvel mudou radicalmente desde 2008. Dispositivos portáteis que se conectam sem fio à Internet são mais leves, menores, mais finos e muito mais potentes. Extremamente populares, os smartphones são capazes de desempenhar funções como reproduzir filmes longa-metragem, recurso que se quer estava disponível para desktops há alguns anos. Computadores capazes de acessar a Web para navegação e entretenimento já são comuns na maioria dos carros de luxo e estão se tornando uma opção em carros de preço médio.³⁸

A computação móvel permite a realização de tarefas de computação enquanto o usuário estiver fora de seu ambiente habitual, ou seja, possibilita que o desempenho de atividades se dê mesmo quando o agente está em deslocamento ou encontra-se em local diverso do seu usual (casa, trabalho, escola, etc.), por meio de equipamentos que pode carregar consigo.³⁹

³⁵ MACHADO, Tacianny Mayara Silva. O Futuro do Trabalho na Perspectiva da Organização Internacional do Trabalho: Uma Análise das Transformações do Mercado de Trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*. v. 166/2015, nov./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad6007900000153d81bobo469ae5d8a&-docguid=le5175180bo4911e5a64b01000000000&hitguid=le5175180bo4911e5a64b01000000000&spos=3&epos=3&td=214&context=110&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

³⁶ SAKO, Emília Simeão Albino. *Trabalho e Novas Tecnologias: Direitos On-line ou Direitos de 4ª Geração*. São Paulo: LTr, 2014, p. 17-18.

³⁷ POLLONI, Enrico Giulio Franco. *Administrando Sistemas de Informação*. São Paulo: Futura, 2000, p. 23.

³⁸ TURBAN, Efraim. *Tecnologia da Informação para Gestão: em busca do melhor desempenho estratégico e operacional*. 8. ed. Porto Alegre: Bookman, 2013, p. 190 e 192.

³⁹ COULOURIS, George; DOLLIMORE, Jean; KINDBERG, Tim; BLAIR, Gordon. *Sistemas Distribuídos: Conceitos e Projeto*. Traduzido por João Eduardo Nóbrega Tortello. 5. ed. São Paulo: Bookman, 2013, p. 10.

A mobilidade teve início com surgimento de computadores portáteis que evoluíram e atualmente apresentam-se de várias formas, cada qual com suas características específicas. Os *laptops* padrão, denominados de sucessores dos computadores de mesa que desempenham praticamente as mesmas funções e pesam cerca de 3,6 kg. Os *notebooks* são menores, pesam entre 2,7 e 3,6 kg porém, ao mesmo tempo são menos potentes que os *laptops* padrão. Os *netbooks* são mini *notebooks* que pesam menos que 1,8 kg e foram planejados com o intuito de acessarem a internet, contudo apresentam memória e capacidade de armazenamento e processamento limitados. Os *laptops* ultrafinos, por sua vez, visam atender as necessidades daqueles que buscam computadores muito finos e principalmente leves, normalmente com peso entre 1,8 a 2,7 kg, entretanto, por essa razão parte da capacidade de processamento e funcionalidade ficam comprometidas.⁴⁰

A maneira mais antiga de se adquirir conhecimento é através da leitura, e em meio a tantas inovações tecnológicas, dispositivos para a realização da leitura digital de livros, revistas, jornais, documentos e etc. foram desenvolvidos e são eles os chamados de *e-readers*. Medindo cerca de 15 cm x 23 cm, estes equipamentos são passíveis de conexão com a rede mundial da internet e têm capacidade para armazenarem milhares de obras, permitindo que seus usuários carreguem consigo uma biblioteca própria, além de possuírem uma série de outras funcionalidades que possibilitam por exemplo a marcação das páginas e o realce de trechos importantes com um sublinhado de cor diferente, semelhante a uma caneta marca texto. Ditos equipamentos apresentam a possibilidade de controle através de botões ou ainda pela tecnologia *touch screen*, cuja tela é sensível ao toque. De modo geral, “os *e-readers* são verdadeiros dispositivos computacionais portáteis”, pois apresentam o conjunto de “elementos clássicos de um sistema computacional, como um *hardware*, um *software*, e um sistema operacional”. Assim, pode se perceber tamanho benefício do equipamento uma vez que nele é possível armazenar e transportar uma quantidade imensa de informação. Outro diferencial atrativo e que merece destaque quando se fala em *e-reader* é que o mesmo conta com um artifício capaz de reproduzir a imagem de uma folha impressa que diminui o dano provocado na visão do leitor e torna a leitura mais confortável:

Uma característica interessante é que tais dispositivos utilizam o recurso e-ink (eletronic ink), cujo objetivo é simular a aparência de uma página impressa convencional, sendo menos prejudicial à visão dos leitores finais, se comparado às telas LCD (cristal líquido). Isto é possível graças ao

⁴⁰ TURBAN, Efraim. *Tecnologia da Informação para Gestão: em busca do melhor desempenho estratégico e operacional*. 8. ed. Porto Alegre: Bookman, 2013, p. 193.

uso de milhões de microcápsulas monocromáticas que criam um contraste de alta resolução, minimizando o cansaço dos olhos, tornando mais agradável a leitura.⁴¹

Outra variação tecnológica e muito semelhante aos *e-readers*, altamente utilizado nas áreas da saúde, educação e hotelaria são os *tablets*, subgrupo de computadores portáteis que estão entre os *laptops* e os *netbooks*. Em suma, trata-se de computadores em forma de prancha, cuja tela é sensível ao toque (*touch screen*) que utilizando uma caneta com a ponta de borracha ou próprio dedo, dispensa-se o uso de teclado e *mouse*, assim como os *smartphones* que são telefones móveis que podem conectar-se à internet e detém uma infinidade de recursos da computação móvel.⁴²

Cabe destacar que foi em razão do surgimento dos dispositivos *e-readers*, que a empresa norte-americana *Apple* introduziu no mercado um produto revolucionário conhecido como *iPad*, iniciando assim o uso *tablets*:

Este, por sua vez, é um computador portátil que, num só equipamento, integra funções que vão muito além de simples leitor de livros, tocador de música, GPS, videogame e editor de textos, câmera e várias outras. Com processador muito mais robusto do que o dos leitores de livros digitais e com grande capacidade de armazenamento, o tablet é um misto de computador pessoal com smartphone.⁴³

Além destes, ainda é pertinente citar outro dispositivo de mão que igualmente aos demais, utiliza redes móveis e tem tecnologia compacta de armazenamento de dados, que são os assistentes pessoais digitais (*PDA – personal data assistants*), que há muito tempo estão no mercado e são extremamente conhecidos principalmente na área dos negócios, pois possuem facilidades de organização pessoal como lista de tarefas, calendário, listagem de endereços,

⁴¹ GOMES, Frederico Félix. Considerações Acerca da Imunidade Tributária dos e-readers. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. v. 122/2015, mai./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007900000154557160585b05ba2b&docguid=leb40e260f61d11e4b53601000000000&hitguid=leb40e260f61d11e4b53601000000000&spos=11&epos=11&td=24&context=15&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

⁴² AFONSO, Adriano. *Manual de Tecnologias da Informação e Comunicação e OpenOffice.org*. 2. ed. Lisboa, 2010, p. 36.

⁴³ GOMES, Frederico Félix. Considerações Acerca da Imunidade Tributária dos e-readers. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. v. 122/2015, mai./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007900000154557160585b05ba2b&docguid=leb40e260f61d11e4b53601000000000&hitguid=leb40e260f61d11e4b53601000000000&spos=11&epos=11&td=24&context=15&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

entre outras, possibilitando aos usuários a sincronização de dados com seus computadores pessoais. Todavia, em que pese a popularidade do dispositivo, a tendência é que o mesmo venha a desaparecer, já que cada vez mais os *smartphones* contam com as aplicações dos *PDA*s.⁴⁴

E por fim, com relação aos celulares, destaca-se que estes dispositivos são cada vez mais utilizados no campo de trabalho atual, visto além de localizarem facilmente o trabalhador para eventuais urgências ou necessidades, trata-se de uma ferramenta a mais de trabalho, visto que nas suas versões mais atuais, o aparelho funciona como um computador possibilitando ao usuário o acesso à internet, *e-mails* e outros serviços. Consequentemente todos os assuntos do negócio e do trabalho podem ser executados e discutidos em tempo real.⁴⁵

Conforme se vislumbra, aqui apenas foram citadas algumas das novas tecnologias e ferramentas móveis de trabalho mais usuais no dia a dia, podendo-se perceber que com o advento destas inovações é perfeitamente possível o desempenho de determinadas atividades laborais em qualquer lugar, bastando portar um destes equipamentos que possibilitam a comunicação mundial e o acesso de documentos, livros, arquivos, entre outros, por meio da rede de internet, visto que são transportados facilmente de um lugar para o outro. Nesse contexto de mobilidade das ferramentas, é que se passa ao estudo do item seguinte, o qual trata do meio ambiente de trabalho e das doenças ocupacionais que se desenvolvem em razão do uso destas novas tecnologias.

2.2 MEIO AMBIENTE DE TRABALHO E DOENÇAS OCUPACIONAIS DEVIDO AS FERRAMENTAS UTILIZADAS NO CAMPO DE TRABALHO ATUAL

Inicia-se este ponto com o conceito de meio ambiente que Norma Sueli Padilha teoriza:

Pode-se afirmar que o meio ambiente é tudo aquilo que cerca um organismo (o homem é um organismo vivo), seja o físico (água, ar, terra, bens tangíveis pelo homem), seja o social (valores culturais, hábitos, costumes, crenças), seja o psíquico (sentimento do homem e suas expectativas, segurança, angústia, estabilidade), uma vez que os meios físico, social e psíquico são os que dão as condições interdependentes necessárias e suficientes para que o organismo vivo (planta ou animal) se desenvolva na sua plenitude.⁴⁶

⁴⁴ TURBAN, Efraim. *Tecnologia da Informação para Gestão: em busca do melhor desempenho estratégico e operacional*. 8. ed. Porto Alegre: Bookman, 2013, p. 193-194.

⁴⁵ CARLOTTO, Mary Sandra. Fatores de risco do tecnoestresse em trabalhadores que utilizam tecnologias de informação e comunicação. *Estudo de Psicologia*. v. 15, n. 3, set-dez, 2010, p. 323 Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/epsic/v15n3/a12v15n3>>. Acesso em: 20 mai. 2016.

⁴⁶ PADILHA, Norma Sueli. *Do Meio Ambiente Do Trabalho Equilibrado*. São Paulo: LTr, 2002, p. 20.

Como se lê, na definição de meio ambiente é plausível incluir todo meio exterior ao organismo que influencia o seu desenvolvimento absoluto, isto é, o ambiente físico, social e o psicológico. Por sua vez, meio ambiente de trabalho consiste no local onde são realizadas as atividades laborais, cujo equilíbrio está fundamentado na salubridade do meio e na inexistência de agentes que prejudiquem a integridade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente se são mulheres ou homens, menores ou maiores de idade, celetistas ou servidores públicos, entre outros.⁴⁷

Tratando do tema em seu Manual de Direito Ambiental, Luís Paulo Sirvinskias afirma que o meio ambiente de trabalho está essencialmente concatenado à segurança do empregado no local em que este desempenha suas atividades, em razão de que é justamente neste ambiente que ele é submetido a agentes nocivos a sua saúde:

Meio ambiente do trabalho é uma das espécies de meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225 da CF. Ele está diretamente relacionado com a segurança do empregado em seu local de trabalho. Esse local está, em regra, inserido nos centros urbanos. É nesse ambiente que o trabalhador fica exposto aos riscos dos produtos perigosos ou a uma atividade insalubre. Deve ele ser adequado às atividades desenvolvidas pelo funcionário, proporcionando-lhe uma qualidade de vida digna. O direito ambiental não se preocupa somente com a poluição emitida pelas indústrias, mas também com a exposição direta dos trabalhadores aos agentes agressivos.⁴⁸

José Roberto Marques, por sua vez, define meio ambiente de trabalho como sendo o “local onde o homem desenvolve suas atividades produtivas, podendo ocorrer em uma instalação, prédio ou mesmo ao ar livre”. Isto é, meio ambiente de trabalho não está vinculado apenas ao meio urbano e/ou construído, citando-se como exemplo neste caso a agricultura que constitui o ambiente laboral dos trabalhadores agrícolas. Cabe destacar que apesar destes trabalhadores não desempenharem atividades dentro de uma empresa, existem normas regulamentadoras trabalhistas que estabelecem o fornecimento de EPI – Equipamento de Proteção Individual para eles, ainda que as atividades sejam exercidas ao ar livre, como é o caso da Norma Regulamentadora NR 31.⁴⁹

⁴⁷ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 66.

⁴⁸ SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 70.

⁴⁹ MARQUES, José Roberto. *Lições Preliminares de Direito Ambiental*. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 94.

Importante ainda referir que “as transformações tecnológicas permitem que o ambiente laboral estenda as fronteiras físicas comuns até os ambientes residenciais e urbanos, como acontece com o teletrabalho.”⁵⁰ Com o advento da Revolução Tecnológica foi possível instituir uma contínua comunicação entre empregado e empregador, mesmo que o trabalho seja desenvolvido fora do estabelecimento empresarial, através de ferramentas que permitam uma conexão com a internet e o acesso aos meios de comunicação telemáticos como celular, rádio, *Skype*, *WhatsApp*, *e-mail*, dentre outros que ainda podem surgir.⁵¹

No ponto, cumpre mencionar que com a promulgação da Lei nº 12.551 de quinze de dezembro de 2011, o artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho⁵² passou a prever a inexistência de distinção entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e ainda aquele que é realizado a distância, desde que se encontrem presentes os elementos que caracterizem a relação de emprego. Referida norma foi criada justamente para regulamentar a utilização de novas tecnologias, as quais possibilitam o desempenho do trabalho não somente nas dependências da empresa.⁵³ Desta forma, caracteriza-se como meio ambiente de trabalho o espaço de efetivação das atividades laborais. Contudo, importante registrar que ele não se restringe apenas a área interna da empresa, mas também consiste em “todos os elementos, inter-relações e condições que influenciam o trabalhador em sua saúde física e mental, comportamento e valores reunidos” no local de desempenho do trabalho:

⁵⁰ FARIA, Cláudia Maria Petry de. **A qualidade do meio ambiente laboral das indústrias de Novo Hamburgo sob a ótica da doença ocupacional a partir das decisões da Justiça do Trabalho no período de 2005-2013**. 2015. Tese. 261 f. (Doutorado em Qualidade Ambiental). Programa de Pós-Graduação em Qualidade Ambiental, Universidade Feevale, Novo Hamburgo, RS, 2015, p.130.

⁵¹ ALMEIDA, Daniela Favilla Vaz de; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. O teletrabalho, o direito à desconexão do ambiente de trabalho e os possíveis meios de inibição da prática. *Revista de Direito do Trabalho*. v. 169/2016, mai./jun. 2016. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007900000154ac72e14249127e60&-docguid=1foa288600e8d11e6872201000000000&hitguid=1foa288600e8d11e6872201000000000&spos=2&epos=2&td=47&context=27&startChunk=1&endChunk=1#DTR.2016.4824-n2>>. Acesso em: 15 de mai. de 2016.

⁵² “Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.”

⁵³ ROCHA, Cláudio Jannotti da; MUNIZ, Mirella Karen de Carvalho Bifano. O teletrabalho à luz do artigo 6º da CLT: o acompanhamento do direito do trabalho às mudanças do mundo pós-moderno. *Revista Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 57, n. 87-88, jan./dez. 2013. p. 105. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/74935/2013_rocha_claudio_teletrabalho_luz.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 mai. 2016.

Com efeito, caracteriza-se, pois, como a soma das influências que afetam diretamente o ser humano, desempenhando aspecto chave na prestação e performance do trabalho. Pode-se, simbolicamente, afirmar que o meio ambiente de trabalho constitui o plano de fundo das complexas relações biológicas, psicológicas e sociais a que o trabalhador está submetido. Claro que não se pode ser compreendido como algo estático, pelo contrário, constitui *locus* dinâmico, formado por todos os componentes que integram as relações de trabalho e que tomam uma forma no dia a dia laboral, como a maquinaria, as matérias-primas, a clientela, os trabalhadores, os inspetores, a chefia. Todos constituem peças que podem ser encontradas no local de trabalho.⁵⁴

No que tange a proteção do trabalhador com relação ao meio ambiente de trabalho que está inserido, destacam-se alguns dispositivos constitucionais, como o artigo 1º, inciso III, que traz como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. Em consonância com o aludido dispositivo, cita-se o *caput* do artigo 5º⁵⁵, o qual garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida e à segurança, entre outras. Especificamente no *caput* do artigo 6º⁵⁶, o trabalho e a segurança, entre outros, apresentam-se como direitos sociais, e por fim, o artigo 225⁵⁷, *caput* dispõe que a todos é garantido um meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida.⁵⁸

⁵⁴ ROCHA, Julio Cesar de Sá. **Direito Ambiental do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 99.

⁵⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”.

⁵⁶ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

⁵⁷ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

⁵⁸ FARIA, Cláudia Maria Petry de. **A qualidade do meio ambiente laboral das indústrias de Novo Hamburgo sob a ótica da doença ocupacional a partir das decisões da Justiça do Trabalho no período de 2005-2013**. 2015. Tese. 261 f. (Doutorado em Qualidade Ambiental). Programa de Pós-Graduação em Qualidade Ambiental, Universidade Feevale, Novo Hamburgo, RS, 2015, p.55.

Nesse contexto, vislumbra-se que o meio ambiente de trabalho deve garantir ao trabalhador o exercício da atividade como ser humano digno, preservando seus direitos albergados na Constituição Federal de 1988, para a manutenção de uma vida sadia e não considerá-lo como uma máquina produtora de bens e serviços.⁵⁹ Do mesmo modo, registra-se o posicionamento jurisprudencial, cuja ementa abaixo transcrita:

MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. O meio ambiente de trabalho é o local onde se desenvolvem as atividades do trabalho humano. A partir de 1.988 ele passou a ser considerado um direito material constitucional vinculado a um dos valores fundamentais da vida, que é a vida saudável. Sempre que houver uma lesão ou ameaça na esfera de atuação da competência jurisdicional da Justiça do Trabalho haverá uma hipótese de responsabilidade civil. [...].⁶⁰

Corroborando ao exposto, cita-se o Enunciado nº 39 da ANAMATRA⁶¹, cujo teor abrange o dever do empregador e do tomador dos serviços de zelarem por um ambiente de trabalho saudável, inclusive do ponto de vista da saúde mental, tolhendo ações propensas ou capazes de ocasionarem danos morais e/ou emocionais aos seus trabalhadores, passíveis de indenização.⁶²

Como consequência lógica do surgimento de novas tecnologias que foram introduzidas gradativamente no ambiente laboral, a organização do trabalho em si passou a sofrer significativas mudanças, visto que atualmente os postos de trabalho já não são mais tão rígidos e limitados, como no exemplo clássico da linha de produção apresentada no filme *Tempos Modernos*, de Charlie Chaplin.⁶³

⁵⁹ PADILHA, Norma Sueli. **O Equilíbrio do Meio Ambiente do Trabalho: direito fundamental do trabalhador e de espaço interdisciplinar entre o direito do trabalho e o direito ambiental**. Revista do TST. Brasília, v. 77, n. 4, out./jun. 2011. p. 88-104. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/biblioteca/2011-vol.-77/-/document_library_display/iomD/view/3482748/14529?_110_INSTANCE_iomD_redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fweb%2Fbiblioteca%2F2011-vol.-77%3Fp_p_id%3D110_INSTANCE_iomD%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_pos%3D4%26p_p_col_count%3D5>. Acesso em: 09 mai. 2016.

⁶⁰ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **Recurso Ordinário n. 0007500-10.2007.5.15.0106**. Relatora Desembargadora Edna Pedroso Romanini. Data do julgamento: 11 jan. 2012. Disponível em: <http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pProcesso.wProcesso?pTipoConsulta=PROCESSO&pIdProc=1795844&pDbLink=>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

⁶¹ “39. MEIO AMBIENTE DE TRABALHO. SAÚDE MENTAL. DEVER DO EMPREGADOR. É dever do empregador e do tomador dos serviços zelar por um ambiente de trabalho saudável também do ponto de vista da saúde mental, coibindo práticas tendentes ou aptas a gerar danos de natureza moral ou emocional aos seus trabalhadores, passíveis de indenização.”

⁶² BRASIL. Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho. Tribunal Superior do Trabalho. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados do Trabalho. **Enunciados aprovados na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho**. Nov. 2007. Disponível em: <http://www.granadeiro.adv.br/arquivos_pdf/enunciados_jornadaTST.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2016.

⁶³ SILVA, José Antonio de Carvalho. **Estresse no trabalho: machismo e o papel da mulher**. Niterói: Muiraquitã, 2006, p. 84.

Nessa perspectiva, Lorena Vasconcelos Porto sintetiza que com a introdução das novas tecnologias os postos de trabalho tornam-se ambientes mais flexíveis e nem por isso prejudicam a gestão do empregador:

A introdução de novas tecnologias no processo produtivo, sobretudo relativas às telecomunicações e à informática, permite que o trabalhador preste serviços em local diverso do estabelecimento empresarial. Os diversos aspectos da prestação laborativa (tempo, modo, lugar) tornam-se mais flexíveis, sem que isso prejudique a direção e o controle pelo empregador, os quais, por vezes, tornam-se mais intensos e eficientes, embora menos visíveis.⁶⁴

A repercussão da internet atingiu as empresas como um todo, abrangendo desde os seus funcionários até os administradores da organização, ao passo que “a globalização estendeu as jornadas de trabalho das pessoas” e aparelhos de alta tecnologia passaram a possibilitar que elas mantenham-se vinculadas ao trabalho a qualquer hora e em qualquer lugar.⁶⁵ Novas tecnologias de informação a cada vez mais são utilizadas como instrumentos de fiscalização e incentivo à produtividade. Em determinadas atividades, como as de produção e vendas, por exemplo, os programas e sistemas operacionais permitem verificar em tempo real o trabalho de cada empregado, e o “correio eletrônico, os telefones celulares, os *bips* e os computadores portáteis auxiliam na extensão da jornada de trabalho, pois tornam o funcionário mais disponível e o trabalho executável em qualquer lugar ou situação.”⁶⁶

Todavia, ao mesmo tempo em que esta alternativa é considerada como uma comodidade, não se pode olvidar que ela pode se tornar uma potencial fonte de estresse quando não estabelecidos os limites para essa conexão, consoante afirmam Thomas S. Bateman e Scott A. Snell:

O estresse surge quando os funcionários ou seus supervisores não estabelecem limites a essa conexão. [...] Assim, usar a tecnologia de maneira eficaz é mais do que apenas aprender novas habilidades; envolve, também, tomar decisões a respeito de quando e onde aplicar a tecnologia para se obter dela o máximo benefício.⁶⁷

⁶⁴ PORTO, Lorena Vasconcelos. A submissão dos trabalhadores aos poderes empresariais e os conflitos de interesses. *Revista TST*, Brasília, v. 78, n. 4, out./dez. 2012. p. 172. Disponível em: <https://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/35822/2012_revista_tst_v78_n4.pdf?sequence=5>. Acesso em: 14 mai. 2014.

⁶⁵ BATEMAN, Thomas S.; SNELL, Scott A. *Administração*. Tradução de Allan Vidigal Hasting. 2. ed. Porto Alegre: AMGH, 2012, p. 6.

⁶⁶ PAULA, Ana Paula Paes de. *Por uma nova gestão pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

⁶⁷ BATEMAN, Thomas S.; SNELL, Scott A. *Administração*. Tradução de Allan Vidigal Hasting. 2. ed. Porto Alegre: AMGH, 2012, p. 6.

Em decorrência do surgimento de novas ferramentas que contribuem para tornar o trabalho menos insalubre e perigoso, bem como na redução dos riscos ocupacionais em determinadas atividades, verifica-se paralelamente o aparecimento de outras ameaças à saúde dos trabalhadores. A adesão de novas tecnologias propicia a intensificação do trabalho intelectual, alterando o perfil de adoecimento dos trabalhadores, que em razão dessa sobrecarga, são frequentemente acometidos por doenças psicossociais, como o estresse e a depressão.⁶⁸

A esse respeito, citam-se as palavras de Paulo Antonio Barros Oliveira:

Tenho clareza de que, para as novas conformações do mundo do trabalho, se antes o trabalhador respirava chumbo, e o chumbo agredia o fígado, o rim e os ossos, se ele respirava asbesto, e o asbesto atingia os pulmões, quanto a essa doença profissional, a essa doença ocupacional, não há dúvida, não há discussão. A nossa questão hoje é que as empresas investiram muito – mais pela questão ambiental do que pelo trabalho –, tenho certeza disso, na higiene, na questão do ambiente, na questão da limpeza do ambiente. E sobressaem, a partir dos anos 1990, principalmente, as novas formas de administrar o trabalho. O órgão de choque das novas formas de administrar o trabalho não é mais o rim, não são mais os pulmões, não é mais o fígado, aquilo que aprendemos no colégio. Lá na escola, na Medicina, você aprendia isso, mas não é mais assim. Os órgãos de choque hoje são o tendão e o cérebro, porque a organização, o que vai se fazer, o que vai se confrontar, o que vai tentar regular essa exacerbação de metas e das formas modernas de administração do trabalho vai ser sempre o tendão, que corre atrás da máquina, e a mente humana.⁶⁹

É nesse sentido que se evidencia o estresse e a depressão enfrentados pelos trabalhadores que aderem as ferramentas tecnológicas de labor, os quais mesmo não estando sob a supervisão direta do empregador nas dependências da empresa tornam-se mais propensos a jornadas exaustivas e acabam adoecendo, pois não conseguem obter de fato o repouso essencial “para reestabelecimento da condição física necessária ao trabalho”, conforme afirma Talita Camila Gonçalves Nunes. Além disso, a depressão é atualmente apontada pela Organização Mundial de Saúde como a quinta maior questão de saúde pública do mundo, pois já atinge mais de 350 milhões de pessoas, sendo muito provável que até o ano de 2020 a depressão estará na segunda posição da lista de

⁶⁸ MAIA, Francisco Eudison da Silva. A doença contemporânea do trabalhador e a ação do empresário. *Revista Faculdade Ciências Médicas Sorocaba*, v. 16, n. 4, 2014, p. 209. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/RFCMS/article/viewFile/18628/pdf>>. Acesso em: 14 mai. 2016.

⁶⁹ OLIVEIRA, Paulo Antonio Barros. A prevenção dos acidentes e doenças ocupacionais das transformações do mundo do trabalho. *Revista TST*, Brasília, v. 80, n. 1, jan./mar. 2014. p. 146. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/61237/012_oliveira.pdf?sequence=1>. Acesso em: 19 mai. 2016.

doenças que mais causa vítimas, apenas perdendo para as doenças cardíacas, assim como que a depressão é causa de acidente de trabalho, enquanto doença do trabalho, visto que é adquirida em razão das condições específicas que o trabalho é realizado e relacionado diretamente.⁷⁰

Conseqüentemente, com a introdução da tecnologia no ambiente laboral aumenta o número de trabalhadores propensos ao estresse tecnológico, também denominado de tecnoestresse, que consiste em uma espécie de doença profissional moderna, resultante da inabilidade de utilização das novas tecnologias, especialmente as relacionadas ao uso do computador de maneira salubre.⁷¹ Nota-se que mesmo com a inserção da tecnologia e de novas ferramentas de trabalho, não se pode afirmar que houve uma diminuição no número ou na intensidade de acidentes de trabalho, assim como no desenvolvimento de doenças ocupacionais, mas apenas uma “mudança das espécies de doenças laborais e as conseqüências em grande escala dos acidentes de trabalho”.⁷²

Ademais, cabe ainda citar as Lesões por Esforços Repetitivos (LER), que compreendem um conjunto de aproximados trinta tipos de doenças, como por exemplo, a tendinite, tenossinovite, bursite, síndrome do túnel do carpo, entre outras e igualmente vêm acometendo os trabalhadores usuários das novas tecnologias. A LER “pode ser considerada como o mal da era cibernética”, pois decorre de movimentos repetitivos, ritmo intenso de trabalho, posturas inadequadas, sobrecarga mental, entre outras. Os sintomas mais relatados pelos trabalhadores que a desenvolvem são a dor, que pode com o tempo se tornar crônica, sensação de formigamento, cansaço e fadiga muscular, podendo inclusive agravar e desencadear fatores psicológicos como depressão e o isolamento social.⁷³

Desta forma, conclui-se que a utilização de novas ferramentas de trabalho tem provocando vários distúrbios na saúde dos trabalhadores e entre eles destacam-se a depressão, o estresse e as lesões por esforços repetitivos (LER). Em decorrência do uso contínuo do computador e de outros equipamentos

⁷⁰ NUNES, Talita Camila Gonçalves Nunes. O acidente de teletrabalho e a fiscalização da tecnologia da telemática: aspectos e conseqüências do teleassédio moral e do teletrabalho escravo. *Revista de Direito do Trabalho*. v. 167, p. 183-208, jan./fev. 2016. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad-6007a00000154bba11f657c2e749a&docguid=lf2e295coe1c911e5b523010000000000&hitguid=lf2e295coe1c911e5b523010000000000&spos=1&epos=1&td=6&context=42&startChunk=1&endChunk=1#DTR.2016.382-n42>>. Acesso em: 16 mai. 2016.

⁷¹ CARLOTTO, Mary Sandra. Fatores de risco do tecnoestresse em trabalhadores que utilizam tecnologias de informação e comunicação. *Estudo de Psicologia*. v. 15, n. 3, set-dez, 2010, p.320. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/epsic/v15n3/a12v15n3>>. Acesso em: 16 mai. 2016.

⁷² DESERTI, Bruna Sitta et al. A influência das novas tecnologias e do modelo econômico capitalista no meio ambiente do trabalho, como aspecto do meio ambiente geral. *II Semana de Pós Graduação em Ciência Política: Repensando a trajetória do Estado Brasileiro*. Universidade Federal de São Carlos, São Carlos. Disponível em: <<http://www.semacic.ufscar.br/wp-content/uploads/2014/12/A-influ%C3%Aancia-das-novas-tecnologias-e-do-modelo-econ%C3%B4mico-capitalista-no-meio-ambiente-do-trabalho-cmo-aspecto-do-meio-ambiente-geral..pdf>>. Acesso em: 09 mai. 2016.

⁷³ MICHEL, Oswaldo. *Acidentes do Trabalho e Doenças Ocupacionais*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 267 e 270.

que possibilitam o empregado permanecer conectado ao trabalho, maior é a probabilidade do desenvolvimento de doenças psicológicas, assim como de patologias que afetam os músculos, nervos e tendões dos membros superiores, sobrecarregando o sistema musculoesquelético.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a realização da presente pesquisa, foi possível constatar que a doutrina denomina de doenças ocupacionais aquelas que têm relação direta com o trabalho e classifica como suas espécies a doença profissional e a doença do trabalho, ambas expressamente previstas nos incisos I e II do artigo 20 da Lei nº 8.213/91. Em suma, doença profissional é aquela que se origina em decorrência do desempenho de determinada atividade profissional, como por exemplo, a perda auditiva induzida por ruído – PAIR, que frequentemente acomete operadores de telefonia. Doença do trabalho, por sua vez, não se relaciona diretamente com a atividade desempenhada pelo trabalhador, mas sim decorre de condições específicas existentes no ambiente de trabalho, como por exemplo, os distúrbios do sistema osteomuscular relacionados ao trabalho – DORT, os quais podem ser adquiridos por trabalhadores submetidos a extensas jornadas com movimentos repetitivos. Com relação a este exemplo específico, observou-se certa divergência de doutrinadores, entretanto, a maioria classifica DORT como doença do trabalho. Por apresentar relação direta com a atividade, verificou-se que tanto a doutrina quanto a jurisprudência são pacíficas ao afirmarem que o nexo de causalidade da doença profissional é presumido, ou seja, basta que seja comprovado o desempenho da atividade e o desenvolvimento da patologia, enquanto que se tratando de doença do trabalho, será necessário provar que o surgimento da doença se deu em razão de condições específicas a que o trabalhador foi sujeito.

Com relação ao cerne da pesquisa, foi possível entender como o trabalho era realizado até o surgimento das máquinas. Verificou-se que no início os trabalhadores laboravam de forma manufaturada com suas famílias e em suas próprias casas. Paulatinamente começou-se a montar pequenas fábricas para que o trabalho passasse a ser desenvolvido lá dentro e de forma organizada. Todavia, com a expansão da globalização e advento de novas tecnologias de trabalho começaram a ocorrer modificações neste campo, ao passo que foram sendo inseridos novos instrumentos de labor. A principal inovação, sem sombra de dúvidas, se deu com a introdução de computadores nos ambientes de trabalho, o qual proporcionou por meio do acesso à internet, a captação, a transferência e o compartilhamento em tempo real de informações, dados, documentos, imagens, etc., para qualquer lugar do mundo que também tenha este acesso. Com o passar do tempo, começou-se a notar que esta ferramenta limitava o acesso daqueles trabalhadores que nem sempre se encontravam nas dependências da empresa, ou até mesmo do próprio empregador, uma vez que se trata de equipamentos fixos. Diante dessa limitação, buscou-se aprimorar esta ferramenta

de modo que ela passou a estar disponível também na versão portátil, por meio de *laptops, notebooks, netbooks, tablets, smartphones*, entre outros. Com isso, o espaço físico interno das empresas passou a ser substituído pelos restaurantes, lanchonetes, lares, passeis em família, enfim, por qualquer lugar em que se possa levar o equipamento. Assim, ao realizar essa busca, concluiu-se que estas são as novas ferramentas mais utilizadas pelos trabalhadores, visto que em razão de seu fácil deslocamento, é possível laborar a qualquer hora e de qualquer. Devido ao surgimento de novas tecnologias, os postos de trabalhos tornaram-se ambientes mais flexíveis, já que o empregado tem a possibilidade de executar o seu labor de qualquer lugar que esteja, entretanto, nem por isso a responsabilidade deixa de ser do empregador. Todavia, ao mesmo tempo em que a inserção destas novas ferramentas de trabalho traz inúmeras facilidades e contribui para um trabalho menos insalubre, concluiu-se com a presente pesquisa que estes equipamentos proporcionam a intensificação do trabalho e a constante conexão do empregado à atividade profissional. Isso porque, o trabalhador que porta consigo as ferramentas de labor e que conseqüentemente as usa em sua vida pessoal, como é o caso dos *smartphones*, tende a permanecer trabalhando inclusive em seus períodos de descanso, seja por imposição do empregador para concluir determinada tarefa, por exemplo, ou ainda por vontade própria, tornando-se assim mais propenso ao desenvolvimento de patologias ocupacionais.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Adriano. **Manual de Tecnologias da Informação e Comunicação e OpenOffice.org**. 2. ed. Lisboa, 2010.

ALMEIDA, Daniela Favilla Vaz de; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. O teletrabalho, o direito à desconexão do ambiente de trabalho e os possíveis meios de inibição da prática. **Revista de Direito do Trabalho**. v. 169/2016, Mai-Jun/2016. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007900000154ac72e14249127e60&docguid=lfoa288600e8d11e6872201000000000&hitguid=lfoa288600e-8d11e68722010000000000&spos=2&epos=2&td=47&context=27&startChunk=1&endChunk=1#DTR.2016.4824-n2>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

BATEMAN, Thomas S.; SNELL, Scott A. **Administração**. Tradução de Allan Vidigal Hasting. 2. ed. Porto Alegre: AMGH, 2012.

BRANDÃO, Cláudio. **Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

BRASIL. Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho. Tribunal Superior do Trabalho. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados do Trabalho. **Enunciados aprovados na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho**. Nov. 2007. Disponível em: <http://www.grana-deiro.adv.br/arquivos_pdf/enunciados_jornadaTST.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Organização Pan-Americana da Saúde no Brasil. **Doenças relacionadas ao trabalho**: manual de procedimentos para os serviços de saúde. Brasília, 2001, p. 28-29. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/doencas_relacionadas_trabalho_manual_procedimentos.pdf>. Acesso em: 20 set. 2015.

_____. Presidência da República. **Lei nº 8.213, de vinte e quatro de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 20 ago. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho 4ª Região. **Recurso Ordinário n. 0000573-18.2012.5.04.0281**. Relatora Desembargadora Maria Cristina Schaan Ferreira. Data do julgamento: 12 nov. 2014. Disponível em: <http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:2zsOLyMFUosJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpsp.baixar%3Fc%3D51797673+doen%C3%A7a+profissional+nexo+causal+presumido+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2014=09-20-.2015.09-20-++&client=jurisp&site-jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 20 set. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **Recurso Ordinário n. 0007500-10.2007.5.15.0106**. Relatora Desembargadora Edna Pedroso Romanini. Data do julgamento: 11 jan. 2012. Disponível em: <http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pProcesso.wProcesso?pTipoConsulta=PROCESSO&pIdProc=1795844&pDbLink=>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

CAIRO JÚNIOR, José. **O Acidente do Trabalho e a Responsabilidade Civil do Empregador**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2006.

CARLOTTO, Mary Sandra. Fatores de risco do tecnoestresse em trabalhadores que utilizam tecnologias de informação e comunicação. **Estudo de Psicologia**. v. 15, n. 3, set-dez, 2010, p. 323 Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/epsic/v15n3/a12v15n3>. Acesso em: 20 mai. 2016.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

COULOURIS, George; DOLLIMORE, Jean; KINDBERG, Tim; BLAIR, Gordon. **Sistemas Distribuídos: Conceitos e Projeto**. Traduzido por João Eduardo Nóbrega Tortello. 5. ed. São Paulo: Bookman, 2013.

DESERTI, Bruna Sitta et al. A influência das novas tecnologias e do modelo econômico capitalista no meio ambiente do trabalho, como aspecto do meio ambiente geral. **II Semana de Pós Graduação em Ciência Política: Repensando a trajetória do Estado Brasileiro**. Universidade Federal de São Carlos, São Carlos. Disponível em: <http://www.semecip.ufscar.br/wp-content/uploads/2014/12/A-influ%C3%Aancia-das-novas-tecnologias-e-do-modelo-econ%C3%B4mico-capitalista-no-meio-ambiente-do-trabalho-como-aspecto-do-meio-ambiente-geral..pdf>. Acesso em: 09 mai. 2016.

DOVAL, Adriana Navas Mayer. Os Acidentes e Seus Efeitos no Contrato de Trabalho: Suspensão ou Interrupção. **Revista do Direito do Trabalho**. v. 158-2014. Jul-Ago. 2014. p. 237-255. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=ioad81815000001537c-d851b22ba3ec15&docguid=lo2433b3022ab11e49e5101000000000&hitguid=lo2433b3022ab11e49e5101000000000&spos=10&epos=10&td=70&context=125&startChunk=1&endChunk=1#>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

FARIA, Cláudia Maria Petry de. **A qualidade do meio ambiente laboral das indústrias de Novo Hamburgo sob a ótica da doença ocupacional a partir das decisões da Justiça do Trabalho no período de 2005-2013**. 2015. Tese. 261 f. (Doutorado em Qualidade Ambiental). Programa de Pós-Graduação em Qualidade Ambiental, Universidade Feevale, Novo Hamburgo, RS, 2015.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, Frederico Félix. Considerações Acerca da Imunidade Tributária dos e-readers. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. v. 122/2015, Mai-Jun/2015. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007900000154557160585b05ba2b&docguid=leb40e26of61d11e4b536010000000000&hitguid=leb40e26of61d11e4b536010000000000&spos=11&epos=11&td=24&context=15&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

MACHADO, Tacianny Mayara Silva. O Futuro do Trabalho na Perspectiva da Organização Internacional do Trabalho: Uma Análise das Transformações do Mercado de Trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. v. 166/2015, Nov-Dez/2015. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007900000153d81bobo469ae5d8a&docguid=le517518obo4911e5a64b010000000000&hitguid=le517518obo4911e5a64b010000000000&spos=3&epos=3&td=214&context=110&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

MAIA, Francisco Eudison da Silva. A doença contemporânea do trabalhador e a ação do empresário. **Rev. Fac. Ciênc. Méd. Sorocaba**, v. 16, n. 4, 2014, p. 209. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/RFCMS/article/viewFile/18628/pdf>>. Acesso em: 14 mai. 2016.

MANHABUSCO, José Carlos; MANHABUSCO, Giancarlo Camargo. **Responsabilidade Civil Objetiva do Empregador Decorrente de Acidente do Trabalho e do Risco da atividade**. São Paulo: LTr, 2010.

MARANO, Vicente Pedro. **Doenças Ocupacionais**. São Paulo: LTr, 2003.

MARQUES, José Roberto. **Lições Preliminares de Direito Ambiental**. São Paulo: Verbatim, 2010.

MATTOS, João Roberto Loureiro; GUIMARÃES, Leonam dos Santos. **Gestão da Tecnologia e Inovação: uma abordagem prática**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MICHEL, Oswaldo. **Acidentes do Trabalho e Doenças Ocupacionais**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

MONTEIRO, Antonio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. **Acidentes do Trabalho e Doenças Ocupacionais**: conceito, processos de conhecimento e de execução e suas questões polêmicas. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

NEGRINI, Daniela Aparecida Flausino. **Acidente do trabalho e suas consequências sociais**. São Paulo: LTr, 2010.

NUNES, Talita Camila Gonçalves Nunes. O acidente de teletrabalho e a fiscalização da tecnologia da telemática: aspectos e consequências do teleassédio moral e do teletrabalho escravo. **Revista de Direito do Trabalho**. v. 167, p. 183-208, Jan./Fev. 2016. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007a00000154bba11f657c2e749a&docguid=lf2e295coe1c911e5b523010000000000&hitguid=lf2e295coe1c911e5b523010000000000&spos=1&epos=1&td=6&context=42&startChunk=1&endChunk=1#DTR.2016.382-n42>>. Acesso em: 16 mai. 2016.

OLIVEIRA, Paulo Antonio Barros. A prevenção dos acidentes e doenças ocupacionais das transformações do mundo do trabalho. **Revista TST**, Brasília, v. 80, n. 1, jan.-mar. 2014. p. 146. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/61237/012_oliveira.pdf?sequence=1>. Acesso em: 19 mai. 2016.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2013.

PADILHA, Norma Sueli. **Do Meio Ambiente Do Trabalho Equilibrado**. São Paulo: LTr, 2002.

PADILHA, Norma Sueli. **O Equilíbrio do Meio Ambiente do Trabalho**: direito fundamental do trabalhador e de espaço interdisciplinar entre o direito do trabalho e o direito ambiental. Disponível em: <<http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/doutrina/artigos/Revista%20do%20Tribunal%20Superior%20do%20Trabalho/2011/n%204/Equil%C3%ADbrio%20do%20meio%20ambiente%20do%20trabalho%20-%20direito%20fundamental%20do%20trabalhador%20e%20de%20espa%C3%A7o%20interdisciplinar%20entre%20o%20Direito%20do%20Trabalho%20e%20o%20Direito%20Ambiental.pdf>>. Acesso em: 09 mai. 2016.

PAULA, Ana Paula Paes de. **Por uma nova gestão pública**: limites e potencialidades da experiência contemporânea. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

POLLONI, Enrico Giulio Franco. **Administrando Sistemas de Informação**. São Paulo: Futura, 2000.

PORTO, Lorena Vasconcelos. A submissão dos trabalhadores aos poderes empresariais e os conflitos de interesses. **Revista TST**, Brasília, v. 78, n. 4, out.-dez. 2012. p. 172. Disponível em: <https://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/35822/2012_revista_tst_v78_n4.pdf?sequence=5>. Acesso em: 14 mai. 2014.

ROCHA, Cláudio Jannotti da; MUNIZ, Mirella Karen de Carvalho Bifano. O teletrabalho à luz do artigo 6º da CLT: o acompanhamento do direito do trabalho às mudanças do mundo pós-moderno. **Revista Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 57, n. 87-88, jan.-dez. 2013. p. 105. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/74935/2013_rocha_claudio_teletrabalho_luz.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 mai. 2016.

ROCHA, Julio Cesar de Sá. **Direito Ambiental do Trabalho**: mudanças de paradigma na tutela jurídica à saúde do trabalhador. São Paulo: Atlas, 2013.

ROJAS, Pablo. **Técnico em Segurança do Trabalho**. Porto Alegre: Bookman, 2015, p. 133.

ROSINI, Alessandro Marco; PALMISANO, Angelo. **Administração de Sistemas de Informação e a Gestão do Conhecimento**. São Paulo: Cengage Learning, 2008.

SAKO, Emília Simeão Albino. **Trabalho e Novas Tecnologias**: Direitos On-line ou Direitos de 4ª Geração. São Paulo: LTr, 2014.

SILVA, José Antonio de Carvalho. **Estresse no trabalho**: machismo e o papel da mulher. Niterói: Muiraquitã, 2006.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TURBAN, Efraim. **Tecnologia da Informação para Gestão**: em busca do melhor desempenho estratégico e operacional. 8. ed. Porto Alegre: Bookman, 2013.

abandono afetivo inverso: a (im)possibilidade da responsabilização civil dos filhos

Thamiris Carolina dos Santos

Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Feevale. E-mail: thami_cs@hotmail.com.

Valéria Koch Barbosa

Mestre e doutoranda em Qualidade Ambiental pela Universidade Feevale. Docente do Curso de Direito da Universidade Feevale. Advogada. E-mail: valeriakb@feevale.br.

INTRODUÇÃO

O presente estudo trata sobre o abandono afetivo inverso e tem como objetivo analisar a possibilidade de responsabilizar civilmente os filhos que abandonam afetivamente os pais idosos, deixando de lhes prestar a devida assistência moral e faltando com o dever mínimo de cuidado e atenção. A relevância da pesquisa está centrada no fato de que há, por um lado, significativa expansão do número de idosos no Brasil devido, principalmente, à tecnologia e ao consequente avanço da medicina, mas, por outro, as famílias nem sempre estão preparadas para dar os cuidados necessários aos mais velhos.

O método utilizado é o dedutivo, constituindo-se em uma pesquisa descritiva e exploratória, com base na doutrina, na jurisprudência e na legislação.

Traz-se um panorama de como o ordenamento jurídico pátrio protege os idosos e são evidenciadas as obrigações dos filhos para com os pais, com ênfase na importância da família como suporte social e emocional do idoso, uma vez que a Constituição Federal, em seu artigo 229, assegura o dever de mútua assistência entre pais e filhos. Apresenta-se o conceito de abandono afetivo inverso e os pressupostos necessários para a configuração da responsabilidade civil, para, então, averiguar a possibilidade de responsabilização dos filhos por abandono afetivo dos pais. Dessa análise, verificou-se a existência de duas correntes divergentes, expondo-se os argumentos que as justificam e os que as refutam. Analisa-se o posicionamento de Tribunais brasileiros acerca do tema e o cabimento de reparação de dano moral em decorrência do abandono, contemplando, ainda, a mediação como uma das alternativas para tentar solucionar o abandono afetivo à luz do novo CPC.

1 O IDOSO NO BRASIL E A SUA PROTEÇÃO NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

1.1 ASPECTOS CONCEITUAIS

O conceito de idoso é multidimensional, pois a idade e o processo de envelhecimento possuem significados e dimensões que extrapolam a adoção de um único critério, ou uma única definição.¹

¹ SCHNEIDER, Rodolfo Herberto; IRIGARAY, Tatiana Quarti. O envelhecimento na atualidade: aspectos cronológicos, biológicos, psicológicos e sociais. *Estudos de Psicologia*. Campinas, SP, v. 25, n. 4, out.-dez. 2008, p. 585-593. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/estpsi/v25n4/a13v25n4.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2015, p. 586.

Biologicamente, o organismo de uma pessoa idosa sofre alterações nas estruturas e nas funções corporais. Surgem rugas e cabelos brancos, os ossos ficam mais frágeis e ocorre a perda de massa muscular. A visão, a audição, o tato, o paladar e o olfato ficam reduzidos. No tocante aos aspectos psicossociais, podem-se destacar alguns fatores que interferem no envelhecimento, como: perda da posição social, solidão, aflição, angústia, dependência e medos diversos.²

Segundo a Organização Mundial da Saúde, em países desenvolvidos, é considerado idoso o cidadão com 65 anos e, em países em desenvolvimento, considera-se idoso o cidadão com 60 anos. Essa classificação cronológica de idoso adotada pela OMS está diretamente ligada à qualidade de vida propiciada pelo país aos seus cidadãos.³

Para alguns doutrinadores, como Pérola Melissa Vianna Braga, que segue os ensinamentos de Norberto Bobbio, o conceito de idoso pode seguir três critérios: o cronológico, o psicobiológico e o econômico-social.⁴ Fernanda Paula Diniz, que segue alguns ensinamentos de Wladimir Novaes Martinez, destaca, além desses, mais dois critérios: o social e o legal.⁵

Segundo o critério cronológico, define-se a pessoa idosa com base na idade.⁶ Consoante o critério psicobiológico, por sua vez, considera idosa a pessoa que dispõe de determinada condição intelectual e física.⁷ O critério econômico-social abrange uma visão sobre o patamar econômico e social da pessoa.⁸ Já sob a ótica do critério social, idoso é aquele assim considerado no meio social em que vive. E, conforme o critério legal, idoso é aquele definido na lei como tal.⁹

² RODRIGUES, Rosalina Aparecida Partezani; DIOGO, Maria José D'Elboux; BARROS, Terezinha R. de. O envelhecimento do ser humano. In: RODRIGUES, Rosalina Aparecida Partezani; DIOGO, Maria José D'Elboux (Orgs.). *Como cuidar dos idosos*. 5. ed. Campinas, SP: Papirus, 1996, p. 11-16.

³ FELIX, Jorgemar Soares. *Economia da Longevidade: uma revisão da bibliografia brasileira sobre o envelhecimento populacional*. Disponível em: <http://www.pucsp.br/desenvolvimento_humano/Downloads/JorgeFelix.pdf>. Acesso em: 02 set. 2015.

⁴ BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *Curso de Direito do Idoso*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 3.

⁵ DINIZ, Fernanda Paula. *Direitos dos idosos na perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, p. 6.

⁶ BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *Curso de Direito do Idoso*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 4.

⁷ DINIZ, Fernanda Paula. *Direitos dos idosos na perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, p. 5.

⁸ BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *Curso de Direito do Idoso*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 4-5.

⁹ DINIZ, Fernanda Paula. *Direitos dos idosos na perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, p. 6.

Apesar dos diversos critérios existentes para definir a pessoa idosa, no Brasil, estabeleceu-se que idosa é a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos, conforme preconiza o artigo 1º da Lei nº 10.741/03, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso.¹⁰

1.2 O AUMENTO DA POPULAÇÃO IDOSA NO BRASIL

O crescimento da população idosa é um fenômeno mundial. Pesquisas revelam que o crescimento dessa parcela da população é mais acentuado nos países em desenvolvimento, conquanto esse contingente seja proporcionalmente inferior ao número de idosos encontrado em países desenvolvidos.¹¹

A Organização Mundial da Saúde estima que, até 2050, cerca de um quinto da população mundial será composta por pessoas idosas e “até o ano de 2025 o Brasil será o sexto país mais envelhecido do mundo, com mais de 34 milhões de idosos”.¹²

De acordo com projeção realizada em 2013, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o crescimento da população idosa brasileira passará de 13,8%, em 2020, para 33,7%, em 2060. Dessa forma, após 2030, o contingente de idosos na população será maior que o de crianças até 14 anos e, em 2055, será maior que o de crianças e jovens até 29 anos.¹³

Diante do surpreendente crescimento dessa parcela da população, é inegável que o Brasil está em um irreversível processo de envelhecimento, tendo como indicadores dessa modificação o declínio dos níveis de mortalidade e a diminuição dos níveis de fecundidade,¹⁴ bem como a melhoria na qualidade de vida e os avanços médico-científicos e tecnológicos.¹⁵

¹⁰ BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 10.741/03, de 1º de outubro de 2003**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 14 jun. 2015.

¹¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Perfil dos idosos responsáveis pelos domicílios no Brasil 2000**. Rio de Janeiro: IBGE, 2002. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/perfilidoso/perfidosos2000.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2015.

¹² FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e garantias do idoso**: doutrina, jurisprudência e legislação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1.

¹³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira 2013. Rio de Janeiro: IBGE, 2013. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv66777.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2015.

¹⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Censo Demográfico 2010**: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2015.

¹⁵ PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Proteção aos idosos**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 18.

1.3 A PROTEÇÃO DO IDOSO NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

O idoso é protegido pela Constituição Federal e por leis infraconstitucionais. A Carta Magna assegurou aos idosos direitos e garantias fundamentais, e as leis infraconstitucionais asseguraram direitos mais específicos.

Na Constituição Federal, podem-se destacar os artigos 201 e 203, que tratam, respectivamente, da Previdência Social e da Assistência Social. No tocante ao artigo 201, aos filiados à Previdência Social, são assegurados benefícios em caso de doença, invalidez, morte e idade avançada. E, no que concerne ao artigo 203, tem-se a previsão da Assistência Social, que garante a proteção à velhice, àqueles necessitados, independentemente de contribuição.¹⁶

Merece destaque também o artigo 229, o qual assegura que é dever dos filhos maiores ajudar e amparar os pais na velhice, na carência ou na enfermidade, representando o dever de mútua assistência entre pais e filhos.¹⁷ E, o artigo 230 preconiza que é dever da família, da sociedade e do Estado amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, seu bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. Tal artigo também assegura que os programas de amparo aos idosos sejam executados de preferência em seus lares. E, aos maiores de 65 anos, é garantida a gratuidade dos transportes coletivos.

A legislação infraconstitucional, por sua vez, editou normas de proteção aos idosos e assegurou direitos mais específicos. Hoje, os direitos dos idosos estão assegurados, além da Constituição Federal, basicamente dentro dos seguintes diplomas legais: Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742, de 07 de fevereiro de 1993), Política Nacional do Idoso (Lei nº 8.842, de 04 de janeiro de 1994), Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) e Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2013).

A Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/93), também conhecida como LOAS, tem por finalidade assegurar de forma gratuita o atendimento às necessidades básicas dos cidadãos necessitados, em situação de pobreza. Com relação aos direitos dos idosos, possibilita àqueles que possuem 65 anos ou mais a garantia de receber um salário mínimo de benefício mensal, desde que comprovem não possuir meios de prover sua própria manutenção, nem de ter provida pela sua família. Esse benefício pode ser obtido junto ao INSS – Instituto Nacional do Seguro Social.¹⁸

¹⁶ DINIZ, Fernanda Paula. *Direitos dos idosos na perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, p. 27.

¹⁷ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 2040.

¹⁸ BRASIL, Presidência da República. *Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm>. Acesso em: 14 jun. 2015.

A Política Nacional do Idoso (Lei nº 8.842/94) criou o Conselho Nacional do Idoso e possui como objetivo assegurar direitos sociais do idoso, promovendo sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade.

No Código Civil de 2002, os artigos 1.694 a 1.699 tratam da prestação de alimentos, sendo essa recíproca entre pais e filhos e extensiva a todos os ascendentes e descendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros. No entanto, cabe destacar que, conforme assevera o artigo 12 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), "A obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores". Portanto, no caso de pessoa idosa, não se aplica a regra geral do Código Civil em que os parentes mais próximos são chamados a prestar alimentos. O idoso tem a prerrogativa de optar entre os prestadores, sem ordem de preferência entre eles.¹⁹

O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) veio suprir algumas lacunas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, regulando de forma mais específica os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos. Garante ao idoso o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Portanto, percebe-se que já se evoluiu bastante em relação aos direitos protetivos conferidos aos idosos. Mas, ainda há mais para se avançar, cabendo à família, à sociedade e ao Estado fiscalizar a aplicação das leis, para que sejam efetivamente cumpridas, assegurando, assim, a efetiva proteção ao idoso, bem como é relevante continuar lutando para que novas leis sejam criadas.

1.4 PRINCÍPIOS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Os princípios fazem parte das conhecidas e tradicionais fontes do Direito positivo, assim como a lei, a jurisprudência, a doutrina, os costumes, a analogia e o Direito comparado.²⁰ Diversos são os princípios informadores do Direito das Famílias. Todavia, neste estudo, dá-se ênfase a três princípios: dignidade da pessoa humana, solidariedade e afetividade.

¹⁹ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 91.

²⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. 2004. 157 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, 2004, p. 23-24. Disponível em: <http://dSPACE.c3sl.ufpr.br:8080/dSPACE/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 out. 2015.

O princípio da dignidade da pessoa humana, um dos norteadores do Direito das Famílias, é o maior dos princípios e fundante do Estado Democrático de Direito, estando presente já no primeiro artigo da Constituição Federal.²¹ Maria Berenice Dias entende que, com base nesse princípio, o Estado “deve promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território”, além de abster-se de praticar atos contra a dignidade humana, sendo esse princípio um norte para sua ação positiva.²² Mais do que assegurar simples sobrevivência, esse princípio defende o direito de se viver plenamente, sem intervenções espúrias estatais ou de particulares.²³ O idoso é titular de dignidade tanto à luz da Constituição Federal (artigo 230) quanto pelo Estatuto do Idoso (artigos 2º e 10).

Apesar da proteção à dignidade humana assegurada ao idoso, muitos idosos têm sido vítimas da omissão dos familiares, da sociedade e do Estado. Muitas vezes, são isolados tanto pela própria família quanto pela sociedade, em razão de sua fragilidade (física e mental), são discriminados, deixando de serem vistos como seres úteis e experientes, passando a serem considerados seres improdutivos, especialmente diante das transformações tecnológicas.²⁴ Portanto, muito embora a dignidade seja um direito e um princípio fundamental, a família, a sociedade e o Estado devem estar em constante vigília para garantir esse direito de forma efetiva aos idosos.

O princípio da solidariedade, por sua vez, também está previsto constitucionalmente, conforme denota o artigo 3º, inciso I, da Carta Magna, ao prever como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a constituição de uma sociedade solidária. O vínculo afetivo da solidariedade compreende a fraternidade e a reciprocidade, ou seja, o que cada um deve ao outro. No âmbito das relações familiares, tendo em vista os efeitos recíprocos

²¹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]”.

²² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 62-63.

²³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Pablo. **Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de família, as famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 76.

²⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 42.

entre os integrantes da família, o princípio da solidariedade permite ao Estado escapar do dever de assegurar todos os direitos previstos constitucionalmente às pessoas. Assim, é atribuído primeiramente à família, depois, à sociedade e, então, ao Estado o dever de garantir os direitos conferidos aos cidadãos.²⁵

Segundo o princípio protetivo da solidariedade, todo cidadão tem o dever de acolher a pessoa idosa que se encontrar em risco social, ou seja, desamparada, sem familiares, ou sem condições mínimas de subsistência.²⁶ E, com relação à solidariedade da prestação de alimentos, deve-se destacar o dever de mútua assistência material entre pais e filhos.²⁷

Já o princípio da afetividade é o princípio norteador do Direito das Famílias. O afeto deriva da convivência familiar, não do sangue. Embora a palavra *afeto* não esteja no texto constitucional, a Carta Cidadã lançou-o no âmbito de sua proteção, restando consagrado como um direito fundamental.

Paulo Luiz Netto Lôbo entende que a característica fundante da família atual é a afetividade, pois as Constituições liberais sempre atribuíram à família o papel de célula básica do Estado.²⁸ Nesse mesmo sentido posiciona-se Rolf Madaleno, o qual diz que “o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido à existência humana”.

O afeto é valor supremo, uma necessidade, a exemplo do que se pode verificar nas demandas judiciais que buscam responsabilização civil pela sua ausência.²⁹ E, para o idoso, o afeto e as relações familiares são primordiais, tanto para garantir cuidado, atenção e permanência no seio da família quanto para manter relações pessoais satisfatórias.³⁰

²⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 66-67.

²⁶ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e garantias do idoso: doutrina, jurisprudência e legislação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 7.

²⁷ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 91.

²⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999. Disponível em: <<http://www.direitofmc.xpg.com.br/TGDC/texto01.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2015, p. 104.

²⁹ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 95-96.

³⁰ RITT, Caroline Fockink; RITT, Eduardo. **O estatuto do idoso: aspectos sociais, criminológicos e penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 128.

1.5 DAS OBRIGAÇÕES DOS FILHOS COM OS PAIS

A principal característica da família é a de ser uma instituição decisiva para a construção e a identificação de seus membros, do nascimento à velhice. É constituída de vários sujeitos que ocupam e desempenham diferentes funções, com relações recíprocas de direitos e deveres.³¹

Quando o indivíduo se torna idoso, os papéis na família geralmente se modificam. Os filhos passam a ter algumas responsabilidades pelos pais, e os pais, por sua vez, acabam ficando mais dependentes.³² A família, para o idoso, é um referencial de proteção, em que ele pode manter um papel ativo e ser reconhecido. O idoso, além de ser valorizado por seus conhecimentos e aconselhamentos, possui experiência de vida a ser passada adiante. Também, ser um avô ou uma avó participante no seio da família gera gratificação, e sua presença é de grande importância na estrutura da formação dos netos.³³

Destaca-se que os filhos têm obrigação de prestação material (pecuniária) e imaterial (afetiva) para os pais idosos. No que tange à obrigação material, o artigo 12 do Estatuto do Idoso estabeleceu a solidariedade passiva de alimentos prestados ao ancião, conforme visto alhures.³⁴

O termo *alimentos* é usado na lei de forma ampla e não significa apenas o necessário para a alimentação em si, mas o necessário para a subsistência da pessoa, como recursos para compra de remédios, pagamento de despesas básicas, como água, luz, telefone, entre outras. Destarte, os filhos têm o dever de prestar assistência aos pais quando estes não tiverem meios de prover a própria subsistência ou seus recursos forem insuficientes, pois a família é a primeira e principal responsável pelo seu idoso.³⁵

³¹ RITT, Caroline Fockink; RITT, Eduardo. **O estatuto do idoso: aspectos sociais, criminológicos e penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 127.

³² MENDES, Márcia R. S. S. Barbosa *et al.* A situação social do idoso no Brasil: uma breve consideração. **Acta Paulista de Enfermagem**. V. 18, n. 04. São Paulo, out./dez. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-21002005000400011&script=sci_arttext>. Acesso em: 30 maio 2016.

³³ LOPES, Aline. **A importância da família na terceira idade**. Disponível em: <http://www.asbp.com.br/j20/index.php?option=com_content&view=article&id=324:a-importancia-da-familia-na-terceira-idade&catid=38:informacoes-asbp&Itemid=105>. Acesso em: 31 maio 2016.

³⁴ FRANCO, Paulo Alves. **Estatuto do Idoso Anotado**. São Paulo: Editora de Direito, 2004, p. 39.

³⁵ BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de Direito do Idoso**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 18

No caso de abandono material do idoso, cabe a responsabilização penal para aquele que o comete, deixando, sem justa causa, de prover a subsistência ao ascendente inválido ou maior de 60 anos, nos termos do artigo 244³⁶ do Código Penal. Nessa linha, assemelha-se o artigo 98 do Estatuto do Idoso, ao tratar do abandono do idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou o não provimento suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado. E, para essa situação, prevê a pena de detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa.³⁷

Mas, a responsabilidade que os filhos têm para com os pais vai além da obrigação legal de prestar assistência material (pecuniária), abrangendo também a obrigação imaterial (afetiva). Inúmeros são os casos em que idosos são deixados em asilos, com a promessa dos filhos de que voltarão, mas não voltam. Privados da convivência familiar, esses idosos acabam tendo negado o amparo afetivo da família, o que sem dúvidas acarreta dano à personalidade do idoso. O abandono afetivo, além de atingir valores do indivíduo, como a dignidade, a honra e a moral, gera aflição, sofrimento, angústia, podendo levar ao desenvolvimento ou ao agravamento de doenças e até à morte.³⁸

³⁶ Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

[...].”

³⁷ BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 10.741/03, de 1º de outubro de 2003**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 31 out. 2015.

³⁸ SILVA, Lillian Ponchio et al. **Responsabilidade Civil dos Filhos com Relação aos Pais Idosos: Abandono Material e Afetivo**. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_24230664_RESPONSABILIDADE_CIVIL_DOS_FILHOS_COM_RELACAO_AOS_PAIS_IDOSOS_ABANDONO_MATERIAL_E_AFETIVO.aspx>. Acesso em: 30 out. 2015.

2 A (IM)POSSIBILIDADE DA RESPONSABILIZAÇÃO DOS FILHOS POR ABANDONO AFETIVO DOS PAIS IDOSOS

2.1 ASPECTOS ATINENTES À RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade tem como elemento nuclear o descumprimento de um dever jurídico por uma conduta voluntária do agente, ensejando, quando da ocorrência de dano para outrem, o dever de responder pelas consequências jurídicas decorrentes. Para haver o dever de indenizar em decorrência da prática de um ato prejudicial a outrem, há de restar configurada, de regra, a ilicitude do ato, ou seja, a violação de um dever jurídico preexistente.³⁹

No tocante às espécies de responsabilidade civil, classifica-se em: responsabilidade civil contratual x responsabilidade civil extracontratual (ou aquiliana) e responsabilidade civil subjetiva x responsabilidade civil objetiva.

A responsabilidade civil contratual tem sua origem na obrigação avençada entre as partes, na forma de contrato, seja de forma tácita ou expressa. Ela decorre do inadimplemento da convenção prévia existente entre os contratantes.⁴⁰ Já a responsabilidade civil extracontratual é aquela decorrente de violação legal, ou seja, a lesão a um direito subjetivo ou a prática de um ato ilícito, sem que haja vínculo contratual entre as partes (lesado e lesante). É resultado da inobservância de norma jurídica ou da infração ao dever jurídico geral de abstenção referente aos direitos reais ou de personalidade. Ou seja, é violada a obrigação negativa de não prejudicar outrem.⁴¹

Duas podem ser as modalidades de responsabilidade civil extracontratual: subjetiva, se fundada na culpa, ficando o lesado, para obter a reparação do dano sofrido, encarregado de provar a culpa do lesante, tendo agido este com imprudência, imperícia ou negligência; e objetiva, fundada na ideia de risco, conforme preceituado no parágrafo único do artigo 927⁴² do Código Civil.⁴³

³⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. 3. reimp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 12-13.

⁴⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 4: Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 44.

⁴¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito brasileiro, volume 7: responsabilidade civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 563.

⁴² "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".

⁴³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito brasileiro, volume 7: responsabilidade civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 563.

Com relação aos pressupostos necessários para a configuração da responsabilidade civil, elencam-se: ação ou omissão (denominada de conduta por alguns doutrinadores, como, por exemplo, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho); dano; relação de causalidade entre o dano e a ação; e culpa do agente, quando se trata de responsabilidade civil subjetiva.⁴⁴

A ação, primeiro pressuposto da responsabilidade civil, segundo leciona Maria Helena Diniz, “vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado”. A comissão refere-se à prática de um ato que não deveria ser realizado, e a omissão, por sua vez, diz respeito à inobservância do dever de agir ou à prática de um ato que deveria ser realizado e não foi.⁴⁵

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho referem-se ao pressuposto da ação com a denominação de “conduta humana”, podendo esta ser positiva ou negativa. Se positiva, a conduta traduz um comportamento ativo. Se negativa, a conduta traduz uma omissão, um “não fazer”, gerador do dano pelo qual o agente será responsabilizado.⁴⁶

Outro pressuposto da responsabilidade civil é a culpa, muito embora nem todos os doutrinadores a reconheçam como pressuposto indispensável, haja vista configurar-se como elemento necessário somente na responsabilidade civil subjetiva. Sílvio de Salvo Venosa conceitua culpa como “a inobservância de um dever que o agente deveria conhecer e observar”. Ela não abrange apenas a conduta intencional (dolo), mas também a conduta negligente, imprudente ou imperita.⁴⁷

O artigo 186⁴⁸ do Código Civil pressupõe a existência tanto da culpa *lato sensu*, que abrange o dolo (conhecimento do mal e intenção de praticá-lo) como a culpa *strictu sensu* (violação de um dever que o agente deveria conhecer e observar).

Outro elemento necessário para a caracterização da responsabilidade civil é o dano ou o prejuízo. Sem a ocorrência desse pressuposto, não haverá o que indenizar ou ressarcir. Consoante Maria Helena Diniz, “não pode haver responsabilidade civil sem a existência de um dano a um bem jurídico, sendo

⁴⁴ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 14-15.

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito brasileiro, volume 7: responsabilidade civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 56.

⁴⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 3: Responsabilidade Civil*. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 75.

⁴⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 27-28.

⁴⁸ “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”.

imprescindível a prova real e concreta dessa lesão”.⁴⁹ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho conceituam dano como a lesão a um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou não, causado pela ação ou pela omissão do agente.⁵⁰

No campo dos danos, é possível distingui-los em danos patrimoniais (materiais), que atingem o patrimônio do ofendido, e danos extrapatrimoniais (morais), que atingem o ofendido como pessoa, o seu patrimônio imaterial.⁵¹

O dano moral, consoante Sérgio Cavalieri Filho, pode ser conceituado sob dois prismas: o dano moral em sentido estrito, como a violação do direito à dignidade; e o dano moral em sentido amplo, que envolve a violação dos direitos da personalidade. Estão abrangidos no direito à dignidade os direitos à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade e à liberdade. Destaca-se, também, que o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima, podendo haver ofensa à dignidade sem dor, vexame ou sofrimento, assim como pode haver dor, vexame ou sofrimento sem ofensa à dignidade.⁵²

Já os direitos da personalidade englobam outros aspectos da pessoa humana, como: a imagem, o bom nome, a reputação, os sentimentos, as relações afetivas, as aspirações, os hábitos, os direitos autorais, entre outros. Esse é o dano moral em sentido amplo, que envolve diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrangendo todas as ofensas à pessoa, considerada em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja lesionada. Portanto, o dano moral não se restringe à dor, à tristeza e ao sofrimento, estendendo sua tutela a todos os bens personalíssimos.⁵³

Outro pressuposto indispensável da responsabilidade civil é o nexo de causalidade, também chamado de nexo causal, sendo definido como a relação entre o dano e a ação que o provocou, ou seja, o vínculo entre o prejuízo e a conduta do agente.⁵⁴ Arnaldo Rizzardo define nexo de causalidade como a relação existente entre determinado fato, o prejuízo e um sujeito provocador. Assim, é necessário que haja uma relação entre o dano e a sua causa, capaz de imputá-la a um indivíduo.⁵⁵

⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito brasileiro*, volume 7: responsabilidade civil. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 77.

⁵⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, volume 3: Responsabilidade Civil. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 81-82.

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 4: Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 359.

⁵² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. 3. reimp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 80.

⁵³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. 3. reimp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 81.

⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito brasileiro*, volume 7: responsabilidade civil. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 129.

⁵⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 67.

No tocante às causas excludentes da responsabilidade civil, entendem-se todas as circunstâncias que impedem a concretização do nexos causal, rompendo-o. São elas: culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito, força maior, cláusula de não indenizar, legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de um direito e estrito cumprimento de dever legal.⁵⁶

2.2 ABANDONO AFETIVO INVERSO

O abandono afetivo do idoso, também denominado de abandono afetivo inverso, consiste na falta de amor, cuidado e atenção dispensada à (ao) anciã (ão) por seus familiares.⁵⁷ Verifica-se quando há ausência de afeto, ainda que não haja abandono material. Constitui-se no descumprimento do dever legal de cuidado, de companhia, implicitamente previstos na Constituição Federal.⁵⁸ Ocorre quando se espera uma atitude daquele que deveria amparar o outro de forma plena, não só com a prestação de caráter alimentar, mas com uma gama mais profunda de atenção.⁵⁹

O afeto é um direito fundamental e decorre do direito à convivência familiar, que, por sua vez, também faz parte dos direitos fundamentais. Os deveres da família não são apenas materiais, como o provimento do sustento e da saúde, existe também o dever de assistência moral, de transmissão de afeto para o desenvolvimento e a manutenção saudáveis da pessoa.⁶⁰

Quando o abandono afetivo ocorre com o idoso, denomina-se abandono afetivo inverso. Conforme o Desembargador Jones Figueirêdo Alves, o abandono afetivo inverso consiste em

⁵⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 3: Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 149.

⁵⁷ IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

⁵⁸ Conselho Nacional de Justiça, CNJ. **Entenda a diferença entre abandono intelectual, material e afetivo**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80241-entenda-a-diferenca-entre-abandono-intelectual-material-e-afetivo>>. Acesso em: 14 maio 2016.

⁵⁹ SILVA, André Luis Mattos. O princípio constitucional da solidariedade aplicado ao direito de família: análise jurídico-sociológica sobre as relações alimentares e o abandono afetivo. **Revista Síntese Direito de Família**, São Paulo, v. 15, n. 83, p. 127-145, abr./maio 2014, p. 133.

⁶⁰ NEVES, Rodrigo Santos. Responsabilidade civil por abandono afetivo. **Revista Síntese de Direito de Família**. São Paulo, v. 14, n. 73, p. 96-108, ago./ set. 2012, p. 101 e 104.

[...] inação de afeto, ou mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos, quando o cuidado tem o seu valor jurídico imaterial servindo de base fundante para o estabelecimento da solidariedade familiar e da segurança afetiva da família. O vocábulo 'inverso' da expressão do abandono corresponde a uma equação às avessas do binômio da relação paterno-filial, dado que ao dever de cuidado repercussivo da paternidade responsável, coincide valor jurídico idêntico atribuído aos deveres filiais, extraídos estes deveres do preceito constitucional do artigo 229 da Constituição Federal de 1988, segundo o qual '...os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade'^{61, 62}

Ainda não há previsão expressa em lei acerca do abandono afetivo, mas diversas demandas judiciais têm sido interpostas no Poder Judiciário pleiteando reparação por esse tipo de abandono. A Constituição Federal, de forma implícita, deixa claro que compete aos filhos ajudar e amparar os pais na velhice, defendendo sua dignidade, seu bem-estar e seu direito à vida, conforme denotam os artigos 229 e 230 da Carta Magna.

O abandono afetivo na vida dos idosos gera violação à integridade psíquica, tendo como consequências, entre elas, a angústia e o afastamento social. Muitos idosos têm dificuldade de denunciar os abusos, ficam envergonhados e toleram essas violações, de forma que outros só vêm a tomar conhecimento quando a situação é grave.⁶³

Na ordem constitucional, o afeto alcançou valor jurídico, especialmente no Direito das Famílias moderno, sendo base para inovações legislativas e jurisprudenciais. Nesse sentido, Aline Biasuz Suarez Karow elucida:

O afeto engloba todos os tipos de sentimentos familiares, independente dos membros que o cultivem e de sua origem, vertical ou horizontal. [...] Assim, entende-se *ser inapropriado dizer que o amor foi tutelado juridicamente e sim o 'afeto'*. As famílias formam-se, desenvolvem-se, movem-se em afeto, porém nem sempre este chega a alcançar o estado máximo de 'amor'. E para obter tutela jurídica estatal não pode ser exigido o amor profundo e único, senão que haja a mera presença do afeto entre seus membros. A formação do vínculo emocional entre os membros familiares

⁶¹ As reticências aqui colocadas não se trata de uma supressão da acadêmica, mas da forma utilizada pelo autor do texto.

⁶² IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

⁶³ IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Projeto que prevê abandono afetivo de idoso está pronto para votação no CCJ**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/4890/+Projeto+que+prev%C3%AA+abandono+afetivo+de+idoso+est%C3%A1+pronto+para+vota%C3%A7%C3%A3o+na+CCJ+?utm_source=twitter&utm_medium=owly>. Acesso em: 15 maio 2016.

nem sempre se traduz em amor, mas senão às vezes em mero afeto.

O amor, dada a sua robustez e essência, é impossível ser mensurado, ainda que juridicamente, porém o afeto, um dos gêneros do sentimento amor, e por vezes, a manifestação mais simples e inicial deste, é suficiente para marcar um novo conceito jurídico familiar.⁶⁴ (Grifos do autor)

O afeto é uma espécie da qual o amor é gênero. Portanto, não se fala de amar o indivíduo, fala-se em afetividade, traduzida no elo que une as pessoas. A afetividade pode ser verificada sob várias facetas, do dever de cuidado ao apoio moral, por exemplo. Portanto, exigir afeto não se trata de algo inconcebível, assim como não é inconcebível refutar e punir a omissão ou os atos reiterados de rejeição.⁶⁵

A responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos tem sido bastante discutida em âmbito doutrinário e jurisprudencial, a fim de saber se é possível requerer, no Judiciário, indenização por danos morais ao genitor por ter abandonado afetivamente o filho.⁶⁶ No entanto, o abandono às avessas, denominado “inverso”, que consiste no abandono dos pais idosos pelos filhos, não é tão debatido e é nesse ponto que se aprofunda este estudo.

2.3 DA (IM)POSSIBILIDADE DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

Da análise dos julgados existentes relativos à indenização por dano moral resultante do abandono afetivo na relação paterno-filial, percebe-se divergência jurisprudencial e doutrinária. No Brasil, existem duas correntes: de um lado, a corrente doutrinária que defende o dano moral decorrente do abandono afetivo argumenta que a configuração do dano é necessária, pois não houve o cumprimento dos deveres familiares, acarretando uma série de problemas psicológicos, sociais e emocionais para aquele que sofreu o abandono. De outro, a corrente que se contrapõe a esse pensamento e defende a ideia de que o dano moral por abandono afetivo implica monetarização do afeto, desvirtuando sua essência, impondo uma obrigação para fazer algo que deveria ser natural, espontâneo, além de ser impossível medir um afeto em valores monetários.⁶⁷ O assunto é bastante divergente, dividindo opiniões de juristas e doutrinadores.

⁶⁴ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo**: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 131.

⁶⁵ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo**: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 293.

⁶⁶ NEVES, Rodrigo Santos. Responsabilidade civil por abandono afetivo. **Revista Síntese de Direito de Família**. São Paulo, v. 14, n. 73, p. 96-108, ago./ set. 2012, p. 97.

⁶⁷ PEREIRA, Timaretha Maria Alves de Oliveira. O Afeto no Direito de Família Brasileiro. **Revista Direito & Dialogicidade**, vol. 4, n.1 Jul. 2013. Disponível em: <<http://periodicos.urca.br/ojs/index.php/DirDialog/article/view/587>>. Acesso em: 13 maio 2016.

O reconhecimento de indenização por abandono afetivo iniciou-se entre os juízes de 1º grau, ainda que com posicionamentos bastante divergentes. Em 2003, no Rio Grande do Sul, o Juiz Mario Romano Maggioni, da Comarca de Capão da Canoa, proferiu sentença em uma Ação de Indenização (processo nº 141/1030012032-0), condenando um pai ao pagamento de duzentos salários mínimos por não cumprir com o dever de convivência familiar, tendo por consequência o abandono afetivo do filho.⁶⁸

Em pesquisa jurisprudencial realizada até a data de 09/05/2016 nos Tribunais de Justiça brasileiros, não foram encontrados julgados que enfrentaram pontualmente a questão da indenização por dano moral em razão de abandono afetivo do idoso. No entanto, diversos julgados explicitam a importância do afeto e da convivência familiar na velhice. Em que pese à existência de lacuna na lei e na jurisprudência a respeito do ressarcimento por abandono afetivo do idoso, é possível a aplicação do entendimento dos julgados já existentes, que concernem ao abandono afetivo na relação paterno-filial, como paradigma para aplicação, de forma analógica, à situação de abandono de idoso.⁶⁹ Todavia, há de se ressaltar que diversos julgados relativos ao abandono afetivo obtiveram julgamento desfavorável por ausência de comprovação do nexo causal, em que não restou demonstrado, de forma satisfatória, que o dano sofrido foi em razão da conduta ilícita do agente. Nesse sentido, estudos sociais e perícia psicológica são de suma importância para detectar e esclarecer os danos sofridos em razão do abandono. Portanto, é salutar que as situações sejam analisadas caso a caso, cabendo ao Judiciário ponderar as peculiaridades de cada situação e observar, sempre, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, resta destacar que há em tramitação dois projetos de lei que tratam do abandono afetivo (PL nº 4.294/2008, de autoria do Deputado Carlos Bezerra⁷⁰, e PL nº 700/2007, de autoria do Senador Marcelo Crivella⁷¹), trazendo regulamentação para o tema, que, se aprovados e sancionados, poderão garantir mais segurança jurídica e estabilidade para a vítima de abandono afetivo.

⁶⁸ ROSA, Conrado Paulino da; CARVALHO, Dimas Messias de; FREITAS, Douglas Phillips. **Dano Moral & direitos das famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 107-108.

⁶⁹ MARCO, Charlotte Nagel de; MARCO, Cristhian Magnus de. **O Dano Moral por Abandono Afetivo do Idoso: proteção a direitos fundamentais civis**. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/simposiointernacionaldedireito/article/view/1489/1036>>. Acesso em: 02 maio 2016.

⁷⁰ BEZERRA, Carlos. **Projeto de Lei da Câmara nº 4.294, de 2008**. Acrescenta parágrafo ao art. 1.632 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3º da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=613432&filename=PL+4294/2008>. Acesso em: 02 maio 2016.

⁷¹ CRIVELLA, Marcelo. **Há em tramitação do Senado nº 700, de 2007**. Modifica a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/11978.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2016.

2.4 O CABIMENTO DE REPARAÇÃO DO DANO MORAL OU EXTRAPATRIMONIAL

Conforme leciona Rui Stoco, a reparação do dano moral por meio de uma quantia pecuniária não pode levar à ruína de quem paga, nem ao enriquecimento de quem recebe, devendo, portanto, servir como compensação ao ofendido, para que amenize o sofrimento pelo qual passou e o ajude na sua superação, mas também não deve ser tão pequena que não sirva de punição e desestímulo ao ofensor.⁷²

A respeito da natureza da reparação pecuniária do dano moral, Maria Helena Diniz e Carlos Roberto Gonçalves compartilham da mesma ideia: efeito compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Para a vítima, a reparação pecuniária assume um caráter compensatório, servindo de consolo e atenuação, ainda que em parte, do sofrimento suportado.⁷³ Já para o ofensor, a natureza pecuniária do dano moral assume um caráter punitivo devido à diminuição do seu patrimônio, servindo como uma sanção, um desestímulo, a fim de que não volte a provocar atos lesivos.⁷⁴ Pode-se destacar também o seu efeito preventivo, no intento de mudar o comportamento do ofensor, de modo que este evite a prática de novos atos antijurídicos ao ter conhecimento prévio das consequências que seu ato danoso é capaz de produzir.⁷⁵ Serve, ainda, como um efeito pedagógico, no intuito de educar o ofensor e a sociedade para que não pratiquem condutas danosas.

Para a fixação da reparação de dano moral, deve-se atentar para a realidade econômica do ofensor, a fim de garantir o cumprimento da obrigação, bem como se deve levar em consideração a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a repercussão e a natureza da ofensa, a posição social e política do ofendido, o grau da culpa ou a intensidade do dolo do ofensor, se o ofensor é reincidente em causas de danos morais, entre outros aspectos.⁷⁶

De regra, levando em conta o foco deste estudo, possui legitimidade para propor ação de reparação de danos morais por abandono afetivo o titular do direito pleiteado, no caso, o próprio idoso. Em situações de fraqueza mental que impede o discernimento e a autonomia de vontade do idoso, cabe ao seu

⁷² STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 9. ed. rev. atual e reformulada com comentários ao Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 177.

⁷³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4: Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 397.

⁷⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4: Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 397.

⁷⁵ REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 162.

⁷⁶ SILVA, Américo Luís Martins da. **O Dano Moral e a sua Reparação Civil**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 331-332.

representante legal, a curador, ou ao representante do Ministério Público agir em seu nome. Cumpre salientar que a Defensoria Pública, como legitimada a orientar e defender aqueles que comprovarem insuficiência de recursos, é capacitada para propor ação de reparação de danos por abandono afetivo de idosos.⁷⁷

O abandono afetivo de idosos pode ser objeto, além da tutela ressarcitória contra o dano, de todas as espécies de tutelas (preventivas/repressivas, individuais/coletivas, dirigidas contra danos ou ilícitos). Chega-se a essa conclusão com base na análise e na interpretação do art. 5º, XXXV⁷⁸, da Constituição Federal, o qual preconiza que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, bem como considerando o *caput* do artigo 82⁷⁹ do Estatuto do Idoso, que dispõe serem admissíveis todas as espécies de ação pertinentes para a defesa dos interesses e dos direitos dos idosos protegidos pelo Estatuto.⁸⁰

2.5 MEDIAÇÃO COMO UM MEIO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DO ABANDONO AFETIVO

O Poder Judiciário, devido ao seu perfil litigante, geralmente tende a distanciar ainda mais as partes.⁸¹ Assim, a mediação, para o Direito das Famílias, demonstra ser uma tentativa de solução de conflitos mais benéfica, tendo em vista o acordo e a aproximação entre as partes que se buscará estabelecer.

A mediação trata-se de um processo no qual o mediador – uma terceira pessoa, não autoritária e imparcial – auxiliará as partes na resolução do litígio, chegando voluntariamente a um acordo. O papel primordial do mediador é reestabelecer a comunicação entre os envolvidos.⁸²

Com a mediação, busca-se evitar que o conflito emocional se torne um conflito judicial com solução na reparação pecuniária, objetivando restaurar a convivência familiar. Assim, em caso de abandono afetivo, leciona Nelson Rosenvald a respeito do instituto da mediação: “Antes do conflito se instalar em

⁷⁷ CAMBI, Eduardo; COSSI, Nathália Pessini. Tutela do abandono afetivo do idoso. In: NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. (Coords.). *Revista de Direito Privado*. Ano 14, vol. 56, out./dez. 2013, p. 349-350.

⁷⁸ “Art. 5º [...]”

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]”.

⁷⁹ “Art. 82. Para defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ação pertinentes”.

⁸⁰ CAMBI, Eduardo; COSSI, Nathália Pessini. Tutela do abandono afetivo do idoso. In: NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. (Coords.). *Revista de Direito Privado*. Ano 14, vol. 56, out./dez. 2013, p. 350-351.

⁸¹ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: Alternativas à jurisdição!*. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 134.

⁸² MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: Alternativas à jurisdição!*. 3. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 131.

juízo e quando a omissão de cuidado começa a se manifestar, há a oportunidade de mediação extrajudicial e pré-processual, para esvaziar a litigiosidade pela via da cooperação – sem a presença institucionalizada do Estado [...]”, dessa forma, permite-se que as partes assumam suas responsabilidades e que haja um processo de reestruturação familiar, da família desestruturada para um ambiente de solidariedade.⁸³

A Lei da Mediação (Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015) é recente, mas esclarece que a mediação pode ser tanto extrajudicial quanto judicial. Se extrajudicial, é realizada sem o intermédio do Poder Judiciário, ao passo que, se for judicial, haverá a intermediação deste.⁸⁴

O Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) também valoriza a mediação, assim como a conciliação e a arbitragem, como uma alternativa à solução de conflitos e ao desafogamento do Poder Judiciário. Tanto é que o uso desses métodos de solução de litígios deverá ser estimulado por juízes, advogados, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, inclusive no curso do processo judicial.⁸⁵

Com efeito, por intermédio da mediação, as partes poderão encontrar soluções para o afastamento afetivo, e o diálogo desenvolvido ao longo da mediação possibilitará o (re)surgimento da empatia necessária ao reestabelecimento do relacionamento abalado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese à existência de uma lacuna na lei e na jurisprudência a respeito do ressarcimento por abandono afetivo do idoso e a existência de duas correntes divergentes acerca da reparação civil por abandono afetivo, uma pela possibilidade de reparação e outra pela impossibilidade, percebe-se uma inclinação para o reconhecimento do abandono afetivo como ato ilícito, indenizável, por infringir o dever de cuidado e de solidariedade esculpido no ordenamento jurídico, atentando-se também para os princípios do Direito das Famílias. Assim, pode-se considerar que é possível a responsabilização civil decorrente do abandono afetivo e a reparação de danos.

⁸³ ROSENVALD, Nelson. A responsabilidade civil por omissão de cuidado inverso. In: MADELENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. (Coords.). *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. São Paulo: Altas, 2015, p. 329.

⁸⁴ BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 24 maio 2016.

⁸⁵ STJ. **Novo CPC valoriza a conciliação e mediação**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Novo-CPC-valoriza-a-concilia%C3%A7%C3%A3o-e-media%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 23 maio 2016.

A conduta omissiva do agente, ao faltar com o dever de cuidado e afeto com o idoso, acaba por ocasionar o dano, lesão essa que gera sofrimento, angústia, abalo, fere a sua dignidade e os seus direitos da personalidade. No entanto, exige-se cautela na análise de cada caso em concreto, pois, apesar de se poder afirmar que aquele que causa dano a outrem fica obrigado a repará-lo, há de restarem configurados e provados todos os pressupostos da responsabilidade civil (ação/omissão, dano, culpa e nexo causal), provas cabais do abandono, bem como não deve haver excludente de responsabilidade ou ilicitude.

Nesse contexto, desponta como positiva a técnica da mediação, instituto valorizado pelo Novo Código de Processo Civil, como uma tentativa de solucionar o abandono afetivo, aproximando as partes por meio do diálogo, visando à composição de acordo e ao reestabelecimento da comunicação inadequada que se desenvolveu na família.

Por fim, é de se ressaltar que os idosos são pessoas em condições especiais, que merecem a proteção da família, da sociedade e do Estado. E, apesar de não ser possível exigir o amor de ninguém, o dever de assistência moral pelos familiares, refletido no mínimo de cuidado dedicado ao idoso, visando a garantir sua dignidade e um envelhecer saudável é o que se busca assegurar, seja pela reparação civil ou pela mediação.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Carlos. **Projeto de Lei da Câmara nº 4.294, de 2008**. Acrescenta parágrafo ao art. 1.632 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3º da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=613432&filename=PL+4294/2008>. Acesso em: 02 maio 2016.

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de Direito do Idoso**. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm>. Acesso em: 14 jun. 2015.

_____, Presidência da República. **Lei nº 10.741/03, de 1º de outubro de 2003**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/10.741.htm>. Acesso em: 14 jun. 2015.

_____, Presidência da República. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 24 maio 2016.

CAMBI, Eduardo; COSSI, Nathália Pessini. Tutela do abandono afetivo do idoso. In: NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. (Coords.). **Revista de Direito Privado**. Ano 14, vol. 56, out./dez. 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. 3. reimp. São Paulo: Atlas, 2009.

Conselho Nacional de Justiça, CNJ. **Entenda a diferença entre abandono intelectual, material e afetivo**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80241-entenda-a-diferenca-entre-abandono-intelectual-material-e-afetivo>>. Acesso em: 14 maio 2016.

CRIVELLA, Marcelo. **Há em tramitação do Senado nº 700, de 2007**. Modifica a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/11978.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Fernanda Paula. **Direitos dos idosos na perspectiva civil-constitucional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito brasileiro, volume 7: responsabilidade civil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FELIX, Jorgemar Soares. **Economia da Longevidade: uma revisão da bibliografia brasileira sobre o envelhecimento populacional**. Disponível em: <http://www.pucsp.br/desenvolvimento_humano/Downloads/JorgeFelix.pdf>. Acesso em: 02 set. 2015.

FRANCO, Paulo Alves. **Estatuto do Idoso Anotado**. São Paulo: Editora de Direito, 2004.

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e garantias do idoso: doutrina, jurisprudência e legislação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 3: Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de família, as famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4: Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

_____. **Projeto que prevê abandono afetivo de idoso está pronto para votação no CCJ.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/4890/+Projeto+que+prev%C3%AA+abandono+afetivo+de+idoso+est%C3%A1+pronto+para+vota%C3%A7%C3%A3o+na+CCJ?utm_source=twitter&utm_medium=owly>. Acesso em: 15 maio 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Censo Demográfico 2010:** características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2015.

_____. **Perfil dos idosos responsáveis pelos domicílios no Brasil 2000.** Rio de Janeiro: IBGE, 2002. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/perfilidoso/perfilidosos2000.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2015.

_____. **Síntese de Indicadores Sociais:** uma análise das condições de vida da população brasileira 2013. Rio de Janeiro: IBGE, 2013. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv66777.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2015.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo:** valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999. Disponível em: <<http://www.direitofmc.xpg.com.br/TGDC/texto01.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2015.

LOPES, Aline. **A importância da família na terceira idade.** Disponível em: <http://www.asbp.com.br/j20/index.php?option=com_content&view=article&id=324:a-importancia-da-familia-na-terceira-idade&catid=38:informacoes-asbp&Itemid=105>. Acesso em: 31 maio 2016.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARCO, Charlotte Nagel de; MARCO, Cristhian Magnus de. **O Dano Moral por Abandono Afetivo do Idoso:** proteção a direitos fundamentais civis. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/simposiointernacionaldedireito/article/view/1489/1036>>. Acesso em: 02 maio 2016.

MENDES, Márcia R. S. S. Barbosa *et al.* A situação social do idoso no Brasil: uma breve consideração. **Acta Paulista de Enfermagem**. V. 18, n. 04. São Paulo, out./dez. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-21002005000400011&script=sci_arttext>. Acesso em: 30 maio 2016.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: Alternativas à jurisdição!. 3. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NEVES, Rodrigo Santos. Responsabilidade civil por abandono afetivo. **Revista Síntese de Direito de Família**. São Paulo, v. 14, n. 73, p. 96-108, ago./ set. 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2004. 157 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, 2004, p. 23-24. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 out. 2015.

PEREIRA, Timaretha Maria Alves de Oliveira. O Afeto no Direito de Família Brasileiro. **Revista Direito & Dialogicidade**, vol. 4, n.1 Jul. 2013. Disponível em: <<http://periodicos.urca.br/ojs/index.php/DirDialog/article/view/587>>. Acesso em: 13 maio 2016.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Proteção aos idosos**. Curitiba: Juruá, 2007.

REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RITT, Caroline Fockink; RITT, Eduardo. **O estatuto do idoso**: aspectos sociais, criminológicos e penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RODRIGUES, Rosalina Aparecida Partezani; DIOGO, Maria José D'Elboux; BARROS, Terezinha R. de. O envelhecimento do ser humano. In: RODRIGUES, Rosalina Aparecida Partezani; DIOGO, Maria José D'Elboux. (Orgs.). **Como cuidar dos idosos**. 5. ed. Campinas, SP: Papyrus, 1996.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 14-15. DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito brasileiro, volume 7: responsabilidade civil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 56.

ROSA, Conrado Paulino da; CARVALHO, Dimas Messias de; FREITAS, Douglas Phillips. **Dano Moral & direitos das famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

ROSENVALD, Nelson. A responsabilidade civil por omissão de cuidado inverso. In: MADELENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. (Coords.). **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2015.

SCHNEIDER, Rodolfo Herberto; IRIGARAY, Tatiana Quarti. O envelhecimento na atualidade: aspectos cronológicos, biológicos, psicológicos e sociais. **Estudos de Psicologia**. Campinas, SP, v. 25, n. 4, out.-dez. 2008, p. 585-593. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/estpsi/v25n4/a13v25n4.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2015.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O Dano Moral e a sua Reparação Civil**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, André Luis Mattos. O princípio constitucional da solidariedade aplicado ao direito de família: análise jurídico-sociológica sobre as relações alimentares e o abandono afetivo. **Revista Síntese Direito de Família**, São Paulo, v. 15, n. 83, p. 127-145, abr./maio 2014.

SILVA, Lillian Ponchio et al. **Responsabilidade Civil dos Filhos com Relação aos Pais Idosos: Abandono Material e Afetivo**. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_24230664_RESPONSABILIDADE_CIVIL_DOS_FILHOS_COM_RELACAO_AOS_PAIS_IDOSOS_ABANDONO_MATERIAL_E_AFETIVO.aspx>. Acesso em: 30 out. 2015.

STJ. **Novo CPC valoriza a conciliação e mediação**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Novo-CPC-valoriza-a-concilia%C3%A7%C3%A3o-e-media%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 23 maio 2016.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 9. ed. rev. atual e reformulada com comentários ao Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

a responsabilidade penal dos casais psicopatas homicidas

Tiago Felipe Mertins

Advogado. Bacharel em Direito pela
Universidade Feevale. Advogado.

E-mail: tiago_mertins@hotmail.com.

Betina Heike Krause Saraiva

Advogada. Doutora em Direito e Especialista em
Direito Processual Civil pela Pontifícia
Universidade Católica do Rio Grande do Sul

(PUCRS). E-mail: betinas@feevale.br.

INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda a psicologia jurídica, explorando a relação entre a psicopatia e o direito penal, com o intuito de investigar a responsabilidade do casal psicopata homicida. Os principais problemas envolvem o papel do Direito quanto ao reconhecimento e julgamento dos crimes de homicídio cometidos por casais psicopatas, devendo proteger a sociedade e condenar corretamente os agentes criminosos, entender os desejos que motivam os psicopatas a cometerem crimes de homicídio em alguns dos casos mais notórios do Brasil e do mundo, assim como criar um instrumento imparcial que possa prever, julgar e condenar esses casais.

Este estudo é uma tentativa de criar um método prático e útil para preencher uma lacuna existente na doutrina. A responsabilidade dos casais psicopatas é um tema de grande interesse e complexidade para o autor, que ao escolher o assunto buscou algo intrigante e ainda não bem explorado por especialistas desta área.

Psicopatas estão presentes em comunidades e inseridos no cotidiano, embora não seja possível identificá-los na maioria das vezes, eles fazem parte da sociedade. Esta não imagina o que são exatamente estes indivíduos, podendo ser pessoas que nascem ou que adquirem essa “maldade”, que os inocentes não são capazes de imaginar. Com isso se cria uma sensação de impotência nas pessoas, que não sabem defender-se de as ações causadas por estes indivíduos ou ao menos reconhecê-los. O presente estudo busca encontrar uma resposta para a sociedade, concreta e segura para que os crimes cometidos por psicopatas sejam corretamente julgados e punidos.

A legislação brasileira não prevê em seu ordenamento crimes específicos cometidos por um psicopata. Casos de homicídios cujo autor seja alguém acometido pela psicopatia, se tornam mais frequentes em nossos dias, seja no país ou no mundo.

Assim, muitos dos crimes cometidos em nosso país por psicopatas, não são corretamente julgados, pois falta um modelo de julgamento concreto e imparcial a ser utilizado. Desse modo, se faz necessário um estudo mais aprofundado destes psicopatas, com análises psicológicas e jurídicas a respeito destes crimes. Para isso um modelo de apoio será criado afim de definir os conceitos da psicopatia, do concurso de agentes e da culpabilidade destes homicidas.

Para entender corretamente os aspectos jurídicos do tema é necessário conhecermos as características e motivações do psicopata, assim, o presente artigo foi organizado de forma a entender melhor o transtorno, e após isso, focar em aspectos técnicos e jurídicos do tema. Ao final, será apresentado um caso concreto de casal psicopata homicida para exemplificar os conceitos apresentados neste estudo e a realidade dos portadores deste transtorno.

O método de abordagem do presente estudo será o dedutivo, na medida em que se partirá de conceitos gerais aos específicos, dentro do nível exploratório, com uma abordagem qualitativa e bibliográfica, com análises à doutrina, bem como seguirá, ao final, com estudo de caso, com uma técnica de pesquisa documental, estudo de casos e direito comparado.

1 PSICOPATIA: ASPECTOS PSICOLÓGICOS

A psicopatia é um distúrbio de personalidade composto de comportamento antissocial e personalidade egoísta. Os indivíduos tomados pela psicopatia não são capazes de ter empatia, culpa, pena ou lealdade por qualquer um, a não ser eles mesmos.¹ Vista por muitas vezes como similar ao Transtorno de Personalidade Antissocial, sociopatia, personalidades antissociais, personalidades psicopáticas, personalidades dissociais, entre outras denominações, sendo um tema complexo e ainda em grande discussão, não sendo possível uma delimitação clara, por se tratar de conceitos médicos, sociais e jurídicos.²

Portanto, não há consenso entre os profissionais da área da saúde mental para Transtorno de Personalidade Antissocial e Psicopatia, embora possa-se entender como o segundo instituto sendo parte específica do primeiro, sendo o Transtorno um conceito mais amplo.

Cleckley, através de sua obra *A Máscara da Sanidade*, identificou dezesseis características que definem ou compõem o perfil clínico do psicopata, entre elas, charme superficial e boa inteligência; egocentrismo patológico e incapacidade de amar; (3) falsidade e falta de sinceridade; (4) ausência de remorso ou vergonha; (5) deficiência geral nas principais reações afetivas; (6) falta de resposta nas relações interpessoais gerais.³

Quando um psicopata ingressa em um relacionamento, ele busca obter alguma vantagem, seja uma vantagem direta (dinheiro, conforto, um parceiro de crime ou apenas sexo) ou uma vantagem subjetiva (criar uma família para camuflar-se na sociedade, por exemplo).⁴ De certa forma, as relações amorosas de psicopata/indivíduo comum ou psicopata/psicopata não são baseadas em amor, e sim, em algum interesse, seja ele financeiro ou em alguma parceria para crimes, portanto, não se pode esperar uma relação com sentimentos ou com respeito entre as partes, assim como não existe amor entre um parasita e seu hospedeiro.

¹ BABIAK, Paul; HARE, Robert D. *Snakes in Suits. When Psychopaths Go to Work*. New York: Harper Collins, 2006. p.18.

² SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 36.

³ HUSS, Matthew T. *Psicologia Forense: pesquisa, prática clínica e aplicações*. Porto Alegre. Artmed, 2011, p. 92.

⁴ HARE, Robert D. *Sem Consciência – O mundo perturbador dos psicopatas*. Porto Alegre: Artmed, 2013, p. 60;76.

2 A RESPONSABILIDADE PENAL EM CONCURSO DE AGENTES (CASAS HOMICIDAS): PORTADORES DE TRANSTORNO DE PERSONALIDADE ANTISSOCIAL

2.1 RESPONSABILIDADE PENAL – CULPABILIDADE

Mirabete conceitua a culpabilidade como a capacidade de impor culpa ao agente, responsabilizar as consequências da ação sobre o causador da ação. Para que se possa dizer que uma conduta é reprovável, ou seja, que há culpabilidade, é necessário que o autor da ação tivesse podido agir de acordo com a norma, de acordo com o ordenamento jurídico. Deste modo, só há culpabilidade se o sujeito, de acordo com as suas condições psíquicas, poderia estruturar sua consciência e vontade de acordo com o direito; se estava em condições de poder compreender a ilicitude da sua conduta e se era possível exigir-se, nas circunstâncias, conduta diferente daquela do agente.⁵

2.1.1 A Imputabilidade Penal: Critérios de Aferição

A culpabilidade é composta por três elementos distintos: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta conforme o direito. Analisando, singularmente, cada um destes elementos, é possível entender como reconhecer e analisar o princípio da culpabilidade em casos psicopatas homicidas, com destaque para os elementos da imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude, e suas excludentes.⁶

2.1.1.1 Imputabilidade

Diversos doutrinadores como Capez, Mirabete e Bitencourt, conceituam a imputabilidade como a capacidade do agente em compreender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Para que o agente possa ser responsabilizado pelo fato cometido, ele deve ser imputável, conforme cita Capez:

⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 182;183.

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p 448.

O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Mas não só. Além dessa capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade.⁷

Entretanto, o entendimento entre estes autores cria brechas na análise psicopática. O psicopata é considerado imputável, semi-imputável ou inimputável? Ele tem ou não a capacidade de compreender o ilícito de sua conduta, ou até mesmo, condições de controlar sua vontade? Para tanto é imprescindível conhecer corretamente este instituto.

Para Tamus Madeira, imputabilidade “é a capacidade psíquica de entendimento e autodeterminação”. Complementa: “onde houver uma vontade deformada, anômala, viciada, não se pode falar em capacidade psíquica do agente. Só o imputável pode atuar com dolo ou culpa”.⁸

Para Mirabete e Fabbrini a imputabilidade ocorre quando:

[...] o sujeito é capaz de compreender a ilicitude de sua conduta e de agir de acordo com esse entendimento. Só é reprovável a conduta se o sujeito tem certo grau de capacidade psíquica que lhe permita compreender a antijuridicidade do fato e também a de adequar essa conduta a sua consciência. Quem não tem essa capacidade de entendimento e de determinação é inimputável, eliminando-se a culpabilidade.⁹

Portanto, sendo a imputabilidade a capacidade de compreender o caráter ilícito da conduta e de determinar-se de acordo com esse juízo, verifica-se com este instituto se poderemos atribuir responsabilidade a psicopatas homicidas. Porém, para afirmar que um psicopata homicida deve ser responsabilizado, devemos compreender o instituto da inimputabilidade.

A doutrina de Capez apresenta quatro causas excludentes da imputabilidade: a) doença mental; b) desenvolvimento mental incompleto; c) desenvolvimento mental retardado; e, d) embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior, sendo que o presente estudo se focará, especialmente, na primeira causa, a doença mental.¹⁰

⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p 332.

⁸ MADEIRA, Ronaldo Tanus. *A Estrutura Jurídica da Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 85.

⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 196.

¹⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p 334.

A principal causa de exclusão da imputabilidade é abordada no artigo 26, do Código Penal, *in verbis*:

É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Na visão de Trindade, Beheregaray e Cueno o referido artigo é entendido da seguinte forma:

Para ser considerado inimputável não basta que o agente seja portador de doença mental, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. É necessário que, em consequência desses estados, seja inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, no momento da ação ou da omissão. Assim, ainda que portador de doença mental, caso o agente possua capacidade intelectual e de autodeterminação no momento da conduta, será considerado imputável.¹¹

Na visão de Sucker, a doutrina penal brasileira utiliza três critérios para analisar a imputabilidade do agente tais como o biológico, ao identificar se o agente é portador de alguma patologia que possa alterar a sua compreensão dos atos cometidos; o psicológico, se ao praticar o fato houve alguma perturbação psíquica; e por fim o biopsicológico, que é o critério adotado no art. 26 do Código Penal, combinando os dois critérios anteriores.¹²

Nucci também cita o fato de a lei penal aplicar o critério biopsicológico, o qual seria fundamental haver laudo médico que comprovasse a doença mental ou o desenvolvimento retardado ou incompleto (parte biológica), bem como a capacidade de compreender o caráter ilícito do fato (parte psicológica).¹³

Para Capez a doença mental é sintetizada da seguinte forma:

Doença mental é a perturbação mental ou psíquica de qualquer ordem, capaz de eliminar ou afetar a capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou a de comandar à vontade de acordo com esse entendimento. Compreende a infindável gama de moléstias mentais, tais como epilepsia condutopática, psicose, neurose, esquizofrenia, paranoias, *psicopatia*, epilepsias em geral, etc.¹⁴

¹¹ TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. *Psicopatia – a máscara da justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 129.

¹² SUCKER, Betina Heike Krause. *Maridos homicidas no direito penal da paixão: sua psicologia e reflexo na culpabilidade*. Novo Hamburgo: Feevale, 2007, p. 86.

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 7 ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2011, p. 310.

¹⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p. 334.

Assim, para Capez a psicopatia deve ser considerada doença mental, portanto o psicopata é inimputável. Esta é uma doutrina forte em nosso país, em razão de doutrinadores como Mirabete¹⁵, Damásio¹⁶ e o próprio Capez¹⁷ seguirem esta ideia, pois consideram a psicopatia como uma doença mental capaz de afastar a imputabilidade do agente.

A teoria oposta segue o entendimento de Jorge Trindade, Andréa Beheregaray e Mônica Rodrigues Cueno, os quais não consideram a psicopatia como doença mental, em razão de o psicopata não ser acometido de delírios, alucinações ou falta de razão, inclusive apresentando intelecto acima da média, portanto possuem capacidade de discernir o caráter de sua conduta e de entender o caráter ilícito de seus atos.¹⁸

Esse raciocínio é acompanhado por Hare ao afirmar que:

Os psicopatas não são pessoas desorientadas ou que perderam o contato com a realidade; não apresentam ilusões, alucinações ou a angústia subjetiva intensa que caracterizam a maioria dos transtornos mentais. Ao contrário dos psicóticos, os psicopatas são racionais, conscientes do que estão fazendo e do motivo por que agem assim. Seu comportamento é resultado de uma escolha exercida livremente.¹⁹

Analisando estes diversos entendimentos é possível visualizar que autores como Bitencourt, Mirabete, Fragoso, Damásio, Aníbal Bruno e o próprio Capez²⁰ consideram a psicopatia como doença mental, e assim, o psicopata como inimputável. Porém é essencial ressaltar que estes autores são juristas, não possuindo conhecimento psicológicos ou médicos da psicopatia.

¹⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

¹⁶ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal – Parte Geral**, 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1.

¹⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1.

¹⁸ TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. **Psicopatia – a máscara da justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p 42.

¹⁹ HARE, Robert D. **Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Porto Alegre: Artmed, 2013, p. 38.

²⁰ Diversos autores citados neste estudo.

Essa classificação, entretanto, recebe oposição, como de Cohen, especialista na área da saúde mental e crítico do fato de nossas leis, especialmente as referentes as da saúde mental, serem elaboradas, exclusivamente, por juristas e demais estudiosos do direito, sem a consultoria e apoio de demais profissionais especializados.²¹

Acompanham esse entendimento, Trindade, Beheregaray e Cuneo, contrastando o entendimento dos juristas que classificam psicopatas como semi-imputáveis, da seguinte forma “[...] do ponto de vista científico e psicológico a tendência é considerá-los plenamente capazes, uma vez que mantém intacta a sua percepção, incluindo as funções do pensamento e da senso percepção, que em regra, permanecem preservadas.”²²

Abdalla-Filho e Souza acreditam que deve haver uma ligação entre o transtorno apresentado pelo paciente e sua conduta ilícita penal:

[...] é necessário que haja nexos causal entre o transtorno apresentado e o ilícito penal praticado para que ocorra um comprometimento da imputabilidade do criminoso. Ao mesmo tempo em que pessoas nessas condições mentalmente transtornadas são absolvidas, é necessário proteger a sociedade contra o seu comportamento violento....²³

2.2 A RESPONSABILIDADE PENAL EM CONCURSO DE AGENTES

Um crime, geralmente, ocorre quando um agente adota uma conduta típica, ilícita e culpável, por via de consequência, punível, porém é comum quando mais de um indivíduo comete delito, assim “uma infração penal, na grande maioria das vezes, é obra de uma só pessoa. Casos há, entretanto, em que várias pessoas reúnem esforços, materiais ou intelectuais, com o fim de cooperar para o mesmo delito”.²⁴

Em nosso ordenamento jurídico, o concurso de agentes é abordado especialmente no artigo 29, do Código Penal, *in verbis*:

²¹ ARANHA, Mauro. et. al. **Crime e saúde mental**. Especialistas discutem assistência aos portadores de transtornos mentais e de personalidade que cometem crimes. CREMESP: Conselho Regional de Medicina de São Paulo. São Paulo, n. 53, out/dez. 2010. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Revista&id=509>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

²² TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. **Psicopatia – a máscara da justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p 133.

²³ ABDALLA-FILHO, Elias; SOUZA, Patrícia Abdalla de. **Bioética, Psiquiatria Forense e a aplicação da Medida de Segurança no Brasil**. Brasília: 2009, p 2.

²⁴ ESTEFAM, André. **Direito Penal – Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p 303.

Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º Se algum dos concorrentes quis participar de crimes menos graves, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até a metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.²⁵

Entre as razões que podem motivar o indivíduo a associar-se para cometer delitos são vários tais como “assegurar o êxito do empreendimento delituoso, garantir a impunidade, possibilitar o proveito coletivo do resultado do crime ou simplesmente satisfazer outros interesses pessoais.”²⁶

O concurso de agentes é composto por duas hipóteses: o concurso eventual (crimes possíveis de serem cometidos por uma única pessoa, exemplo: homicídio ou roubo) e o concurso necessário (crimes que precisam ser cometidos por duas ou mais pessoas, exemplo: bigamia ou formação de quadrilha).²⁷

Assim, quando a prática de um crime não for possível para apenas uma pessoa, e sim por duas ou mais pessoas, que contribuem e cooperam para a prática delituosa, ocorre o concurso necessário, enquanto que o concurso eventual ocorre quando o crime não exigir mais de uma pessoa, porém outro indivíduo pode cooperar em sua prática.²⁸

Neste estudo o concurso de agentes eventual será melhor explorado, pois o delito de homicídio é um crime que pode ser realizado por apenas um indivíduo.

²⁵ BRASIL, Código Penal. Redação dada pelo decreto-lei nº 2.848, de 7/12/1940.

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p 538.

²⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 212.

²⁸ MATOS, João Carvalho de. **Prática e Teoria do Direito Penal & Processual Penal**. 9 ed. São Paulo: Mundo Jurídico, 2011, v.1, p 469.

Para ocorrer o concurso eventual são necessários elementos objetivos e subjetivos, que devem ser somados aos citados a seguir:

a) Pluralidade de participantes e condutas;

O requisito principal para ocorrer o concurso eventual de pessoas: a participação de mais de uma pessoa na execução de uma infração penal. Todos os participantes contribuem de alguma forma na realização da ação, não sendo necessário que ajam das mesmas formas ou condições. Tais ações podem ser praticar o verbo núcleo do tipo, instigar, induzir, auxiliar moral ou materialmente o executor.²⁹

No mínimo deve haver duas condutas, podendo ser ambas principais realizadas por autores (coautoria), ou uma principal e uma acessória realizadas por autor e partícipe, assim, “da mesma forma que ‘uma andorinha não faz verão’, uma só conduta não caracteriza o concurso de pessoas.³⁰

b) Relevância causal de cada conduta;

A conduta do agente deve fazer parte da “corrente” do resultado, assim, nem toda atitude é considerada participação. A conduta deve causar algum efeito no resultado, seja provocando, facilitando ou ao menos instigando a realização da conduta.³¹

Por exemplo, um indivíduo que deseja contribuir com um homicídio empresta um instrumento letal, que não é utilizado na execução do fato e não influencia na conduta do agente, não responde pelo delito, pois ausente a colaboração material ou concorrência causal para o resultado.³²

c) Vínculo subjetivo entre os participantes;

Os vários participantes da ação devem ter consciência de que se envolvem em uma obra comum. Sem este elemento não há o concurso eventual de agentes, sendo apenas condutas isoladas e autônomas. Importante destacar que o agente deve contribuir de alguma forma no resultado, apenas o conhecimento ou a concordância psicológica caracterizam mera convivência.³³

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p 544.

³⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p 372.

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p 544.

³² ESTEFAM, André. *Direito Penal – Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p 307.

³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p 544;545.

No concurso de pessoas “é imprescindível a unidade de desígnios, ou seja, a vontade de todos de contribuir para a produção do resultado, sendo o crime produto de uma cooperação desejada e recíproca”.³⁴

Dotti segue entendimento similar, pois acredita que não é necessário haver um acordo entre os agentes, basta que tenham a consciência de cooperar, de qualquer forma, para a ação de outrem visando a prática do fato punível.³⁵

d) Colaboração (material ou moral) anterior à consumação do fato;

Os agentes devem ter participado do delito antes de sua consumação, pois uma vez realizada a ação penal, qualquer outra colaboração configurará delito autônomo. Aquele que ajuda a ocultar uma coisa que sabe ser produto de crime, não é participante do roubo, e sim cometeu receptação.³⁶

Assim como no exemplo apresentado Barros “o funcionário público que, no exercício da função, deixa de comunicar o crime de ação pública incondicionada responde pela contravenção do art. 66, I, da LCP. Não se trata de participação, e sim, de conveniência posterior à prática do crime”.³⁷

e) Identidade de infração penal.

Não é considerado exatamente um requisito, e sim uma consequência jurídica. Embora sejam feitas diversas ações, o objetivo final deve ser um. Exemplo: ao executar um roubo, um dos agentes planeja e executa o plano, outro rende a vítima, outro recolhe os objetos e um último fornece a fuga, todas atividades dispare, porém com o mesmo objetivo final.³⁸

De acordo com nosso ordenamento jurídico penal, “em regra, todos, coautores e partícipes, devem responder pelo mesmo crime, ressalvadas apenas as exceções pluralísticas”.³⁹

³⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p 372;373.

³⁵ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 354.

³⁶ ESTEFAM, André. *Direito Penal – Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p 308.

³⁷ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal*, Parte Geral, 3ª. ed. Saraiva, São Paulo, 2003, v.1, p. 423.

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p 545.

³⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p 373.

Os agentes que cumprirem os requisitos acima responderão pelo mesmo delito, na medida de sua culpabilidade, conforme o artigo 29 do Código Penal, entretanto conforme o artigo 30 do Código Penal “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.⁴⁰

Para Fabbrini e Mirabete, circunstâncias são fatos, dados e peculiaridades que não integram a figura típica, podendo ser objetivas (dizem respeito ao fato considerado, condições da vítima, tempo e execução crime) ou subjetivas (referem-se ao agente, estado, parentesco, motivos do crime), condições de caráter pessoal são relações do agente com o mundo exterior e as elementares do crime são dados, fatos e peculiaridades que fazem parte do tipo penal.⁴¹

Bitencourt resume esse complexo problema em duas regras básicas⁴²:

- a) As circunstâncias e condições de caráter pessoal não se comunicam entre coautores e partícipes, por expressa determinação legal;
- b) As circunstâncias objetivas e elementares do tipo só se comunicam se entrarem na esfera de conhecimento dos participantes.

Estas são teorias e estudos mais amplos em relação ao concurso de agentes, pois analisam o conceito deste tema, bem como seus requisitos e suas limitações de forma geral.

Assim, neste momento, essa abordagem foi necessária para conhecer o que é o concurso de agentes, para no próximo subtítulo este instituto ser abordado de forma mais específica.

2.3 A PSICOPATIA E O CONCURSO DE AGENTES: REPERCUSSÃO NA RESPONSABILIDADE PENAL

Nos crimes de homicídio cometidos por casais psicopatas podemos verificar a ocorrência de dois tipos de concurso de agentes: a coautoria ou a participação.

Na coautoria os agentes realizam o fato principal em conjunto, matar ou roubar, sem que exista uma conduta acessória, ou seja, não se fala em apenas participação.

⁴⁰ BRASIL, *Código Penal*. Redação dada pelo decreto-lei nº 2.848, de 7/12/1940.

⁴¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 226;227.

⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p 566.

Aqueles que executam o comportamento descrito em lei como crime são coautores, porém a conduta não precisa ser idêntica.⁴³

A participação ocorre com a dolosa colaboração no delito doloso de outrem, e se manifesta de duas formas: a instigação que ocorre com a colaboração espiritual no delito alheio, compreende a determinação e a cumplicidade, que corresponde à colaboração material.⁴⁴

Para nosso Código Penal o autor é aquele que pratica a ação nuclear; coautores, os que cooperarem na execução do delito; partícipes, todos aqueles que prestarem auxílio moral ou material.⁴⁵

Mesmo aquele que realiza o verbo do tipo de forma culposa também é autor, por exemplo: “motorista imprudente atropela e mata um pedestre. Ele é o autor, pois foi ele quem matou a vítima. O acompanhante que, ao lado, o excitava, instigando-o a imprimir maior velocidade, é o partícipe.”⁴⁶

Portanto, em relação ao autor direto não há grandes dúvidas que possam criar discussões, especialmente, pois não há a caracterização do concurso de agentes com apenas o autor.

Na autoria mediata já é possível visualizar uma ação realizada por dois agentes, embora um deles não possa ser responsabilizado o outro é conhecido como autor mediato, enquanto aquele que a realiza é o autor imediato.

O autor mediato, também conhecido como “homem de trás”, é o quem realiza o tipo penal, pois embora não seja o executor, ele utiliza o autor imediato como um instrumento, pois o ato é realizado em razão da sua vontade, estando o executor subordinado ao mandante, sendo importante destacar que o mediato deve ser imputável, enquanto o imediato atua sem culpabilidade, seja por inimizabilidade, coação ou até mesmo erro de tipo.⁴⁷

O psicopata, conforme a maioria da doutrina jurídica já apresentada, acredita que o psicopata seria inimputável, porém dificilmente ele é utilizado como autor imediato, pois ele age conforme sua vontade, não podendo também figurar como autor mediato em razão de agir sem culpabilidade, portanto não seria possível através dessa teoria que em um casal psicopata houvesse a figura do autor mediato.

⁴³ MATOS, João Carvalho de. *Prática e Teoria do Direito Penal & Processual Penal*. 9 ed. São Paulo: Mundo Jurídico, 2011, v.1, p 470.

⁴⁴ MATOS, João Carvalho de. *Prática e Teoria do Direito Penal & Processual Penal*. 9 ed. São Paulo: Mundo Jurídico, 2011, v.1, p 473.

⁴⁵ ESTEFAM, André. *Direito Penal – Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p 309.

⁴⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p 365.

⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p 550;551.

Entre um casal psicopata seria mais plausível, e até mesmo óbvio, deduzir que haveria coautoria ou participação entre eles, o que será melhor explorado a seguir.

Coautoria ocorre quando dois ou mais agentes, em colaboração e visando o mesmo resultado, realizam a conduta principal em um tipo penal, ou seja, conjuntamente realizam o verbo do tipo, não sendo necessário a ocorrência de mesmas condutas, podendo haver uma divisão dos atos executivos.⁴⁸

Na visão de Leal, em um crime em concurso de agentes, “todos aqueles que tiverem praticado diretamente atos de execução do tipo penal são considerados coautores. Portanto, coautor é aquele que comete com outros agentes a ação ou omissão configuradora de um determinado crime”.⁴⁹

Importante destacar que para ocorrer a coautoria deve haver a consciência de que os agentes agem em conjunto, inexistindo essa consciência de cooperação não haverá concursos de agentes, assim, se duas pessoas, sem conhecer as intenções uma da outra, disparam contra a mesma vítima e ambos os disparos forem a causa da morte, os dois responderão cada um por um crime, se a morte decorre de apenas um dos disparos, um responderá pelo homicídio e o outro por tentativa de homicídio apenas.⁵⁰

Outra forma de concurso de agentes é a participação, que possui características e fundamentos diferentes da coautoria.

A participação é uma intervenção em um fato alheio, o que requer um autor principal no delito, assim, o partícipe não realiza a conduta descrita na norma penal, apenas realiza uma conduta secundária que contribui, estimula ou favorece a execução da conduta principal do crime, não realizando a atividade propriamente executiva.⁵¹

Conforme acredita Dotti, “partícipe é a pessoa física que concorre na ação de outrem, contribuindo para a realização do tipo de ilícito. Segundo aceção comum, participar é tomar parte em algo, é colaborar para um fato alheio”.⁵²

⁴⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p 365;366.

⁴⁹ LEAL, João José. *Direito Penal Geral*. 3 ed. Florianópolis: OAB/SC, 2004, p. 528.

⁵⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 218.

⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p 552;553.

⁵² DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 356.

O partícipe comete uma atividade que contribui para a realização do delito, sendo uma hipótese de subordinação ampliada, com previsão legal, “que transforma em típica uma conduta de per si atípica. Há na participação uma contribuição causal, embora não totalmente indispensável, ao delito e também a vontade de cooperar na conduta do autor ou coautores.”⁵³

Conforme Fabbrini e Mirabete existem várias formas de participação: “ajuste, determinação, instigação, organização e chefia, auxílio material, auxílio moral, adesão sem prévio acordo etc. Entretanto, a doutrina considera duas espécies básicas: a *instigação* e a *cumplicidade*.”⁵⁴

a) Instigação:

A instigação ocorre quando o partícipe influencia a vontade do instigado, o que significa criar na mente do agente a ideia de cometer o crime, assim como animar ou reforçar uma ideia já existente, sendo indiferente os métodos utilizados, sendo indiferente o método utilizado, seja persuasão ou conselhos.⁵⁵

A instigação deve ser dirigida para a prática de um crime determinado, “não constituindo participação a incitação genérica para a prática de infrações penais”, devendo o instigador agir de forma determinante no fato.⁵⁶

b) Cumplicidade:

A cumplicidade é a participação material, o partícipe realiza sua contribuição na forma de um comportamento, de um auxílio, por exemplo: o empréstimo da arma do crime, ou até mesmo o veículo de fuga, podendo ser realizada da fase de preparação até a fase executória do crime.⁵⁷

Porém outros autores como Capez e Jesus preferem dividir os atos do partícipe em participação moral e participação material.

⁵³ MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 218.

⁵⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 218.

⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p 553.

⁵⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 218.

⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p 554.

a) Moral:

Na forma da instigação que é reforçar uma ideia já existente, sendo necessário que o agente já tenha a ideia em mente, enquanto o induzimento é criar a ideia no agente, o autor não tinha ideia de cometer o crime.⁵⁸

Damásio apresenta dois exemplos: quanto à instigação, A aconselha B a matar C, praticado o homicídio, A é partícipe moral do crime cometido por B (autor), e o induzimento, B e A discutem, não restando nenhum ressentimento entre eles, porém A incute na mente de B matar C.⁵⁹

b) Material:

É o auxílio, realizar uma conduta externa, consiste na ideia de o partícipe prestar ajuda efetiva no delito, podendo realizar a vigilância durante a execução do crime, emprestar a arma do homicídio ou até mesmo segurar a vítima, facilitando o trabalho do executor.⁶⁰

Damásio apresenta novo exemplo: "A, sabendo que B pretende matar C, empresta-lhe uma arma, com a realização do homicídio, A é partícipe material do comportamento principal de B."⁶¹

Assim, com base nas teorias apresentadas acima, o coautor pode ser visto como aquele que exerce uma função essencial na execução do crime, aquele que realiza condutas, em conjunto, com o autor; enquanto partícipe tem uma função secundária, não interagindo diretamente na realização do delito, sendo mais "a voz da consciência" do autor ou do coautor, sendo necessário a conduta destes para existir o partícipe.

Portanto, o casal psicopata estaria melhor enquadrado como coautores, pois ambos têm o controle das situações que criam, realizam as condutas principais em conjunto, tendo o desejo de cometer e a coragem de executar o crime, com ambos agindo como uma dupla, enquanto que a participação não corresponderia a situação apresentada no presente estudo, pois não exercem apenas um auxílio moral ou material, e sim, realizam as condutas de forma cooperada.

⁵⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p 374.

⁵⁹ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal – Parte Especial**. 33. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2, p. 90.

⁶⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p 374;375.

⁶¹ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal – Parte Especial**. 33. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2, p. 90.

2.4 PSICOPATIA: PENA OU TRATAMENTO PARA O CASAL HOMICIDA?

Após analisar o que é um psicopata do ponto de vista psicológico e sua responsabilidade penal é necessário conhecer como ele pode ser punido.

Uma das questões de maior discussão no meio acadêmico, seja o jurídico ou o médico, é o de como e onde punir o psicopata. Ele deve cumprir uma pena em um sistema prisional comum rodeado de presos ordinários? Ou deve cumprir uma medida de segurança cumulada com tratamento próximo de seus semelhantes?

Para tentar encontrar uma resposta para esse questionamento é necessário conhecer os institutos da pena e da medida de segurança.

Na opinião de Bitencourt “a prisão é uma exigência amarga, mas imprescindível. [...] A prisão é concebida modernamente como um mal necessário, sem esquecer que a mesma guarda em sua essência contradições insolúveis.”⁶²

As penas previstas em nosso Código Penal encontram-se no artigo 32, “as penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa.”⁶³ As espécies de penas podem ser subdivididas da seguinte forma: as penas privativas de liberdade são: reclusão e detenção. São penas restritivas de direitos: prestação pecuniária; perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.⁶⁴

Pena e medida de segurança são sanções penais, com a pena sendo prevista em nosso ordenamento jurídico aos imputáveis, enquanto a medida de segurança é destinada aos inimputáveis ou semi-imputáveis, em virtude de doença mental incompleto ou retardado.⁶⁵

Busca-se novas alternativas para a clássica pena privativa de liberdade, “pois, ou o condenado é um delinquente habitual e a condenação é totalmente ineficaz, ou então é um delinquente ocasional e a condenação vai além do necessário.”⁶⁶

⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p 567.

⁶³ BRASIL, *Código Penal*. Redação dada pelo decreto-lei nº 2.848, de 7/12/1940.

⁶⁴ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 33. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 565.

⁶⁵ ESTEFAM, André. *Direito Penal – Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p 319.

⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p 601.

Fabbrini e Mirabete compartilham do mesmo entendimento, pois acreditam que o direito penal moderno demonstrou que a pena é ineficaz quando à prevenção e à recuperação do criminoso, especialmente quando perigoso, citam, também, que o fundamento da pena reside na culpabilidade, enquanto a medida de segurança é guiada pela periculosidade.⁶⁷

As medidas de segurança são previstas no artigo 96 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 96. As medidas de segurança são:

I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;

II - sujeição a tratamento ambulatorial.

Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.⁶⁸

Uma infração penal punida com reclusão, a medida de segurança será sempre detentiva: já para o autor de crime punido com detenção, a medida de segurança poderá ser convertida em tratamento ambulatorial, conforme artigo 97 do Código Penal⁶⁹, “art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.”⁷⁰

Analisar o instituto da pena não é algo fácil ou que não cause discussão, assim como entende Matos:

A questão da pena não é tão simples como parece à primeira vista, ou seja, o indivíduo comete um delito e com a prestação da jurisdição pelo Estado-Juiz, com a sentença condenatória, aplica-se uma pena a ser cumprida num presídio, cuja finalidade precípua, além de não mais se admitir a vingança privada, seria a de a prisão estribar-se no tríptico princípio – retribuição-preventivo-recuperador.⁷¹

⁶⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 355.

⁶⁸ BRASIL, **Código Penal**. Redação dada pelo decreto-lei nº 2.848, de 7/12/1940.

⁶⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p 603.

⁷⁰ BRASIL, **Código Penal**. Redação dada pelo decreto-lei nº 2.848, de 7/12/1940.

⁷¹ MATOS, João Carvalho de. **Prática e Teoria do Direito Penal & Processual Penal**. 9 ed. São Paulo: Mundo Jurídico, 2011, v. 1, p 521.

O tríplice princípio citado por Matos tem as finalidades retributiva, no sentido de ser um castigo, por mais branda que seja; preventiva, objetiva evitar a prática de novos crimes, do mesmo autor ou servindo de exemplo para demais indivíduos e recuperadora, por objetivar a ressocialização do agente.⁷²

Em nosso ordenamento penal existem duas espécies de medida: a detentiva, que é a internação do sujeito em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, obrigatória se o crime for apenado com reclusão; e a restritiva, que é a imposição de tratamento ambulatorial psiquiátrico, podendo somente ser aplicada se o crime for apenado com detenção e for adequada ao caso concreto.⁷³

Um projeto de lei atual, proposto ano de 2010, buscar alterar algumas previsões em nossa Lei de Execuções Penais⁷⁴. A PL que tramita pelo número 6858/2010 de autoria do Deputado Marcelo Itagiba, busca, em resumo, a realização de exames criminológicos e psicológicos nos presos condenados em penas privativas de liberdade, com o objetivo de identificar os portadores de TPAS e assim determinar que estes cumpram suas sanções afastados dos demais presos, bem como recebam cuidados diferenciados.⁷⁵

Este projeto de lei busca preencher uma lacuna em nosso ordenamento, podendo ser um marco para o surgimento de uma legislação mais completa em relação ao psicopata, pois atualmente, não há lei, decreto ou portaria, por exemplo, que reconheça e puna corretamente essas condutas.⁷⁶

O próprio deputado explica, através de sua justificativa, alguns motivos que o levaram a propor este projeto:

Assim é que, acredito, a LEP deve ser alterada para que o programa individualizador da pena privativa de liberdade do condenado ou preso provisório classificado como psicopata vise ao restabelecimento do portador da psicopatia, sem descuidar da recuperação dos demais presos.

⁷² MATOS, João Carvalho de. *Prática e Teoria do Direito Penal & Processual Penal*. 9 ed. São Paulo: Mundo Jurídico, 2011, v. 1, p 525.

⁷³ ESTEFAM, André. *Direito Penal – Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p 470.

⁷⁴ BRASIL, *Lei de Execução Penal*. Redação dada pela lei nº 7.210, de 11/07/1984.

⁷⁵ ITAGIBA, Marcelo. *Projeto de lei da Câmara nº 6858, de 2010*. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal, para criar comissão técnica independente da administração prisional e a execução da pena do condenado psicopata, estabelecendo a realização de exame criminológico do condenado a pena privativa de liberdade, nas hipóteses que especifica. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=737111&filename=PL+6858/2010>. Acesso em: 21 mai. 2016.

⁷⁶ OLIVEIRA, Alexandra Carvalho Lopes de. *Análise da Figura do Psicopata sob o ponto de vista psicológico-moral e Jurídico-Penal*. **Puc-Rio**. Rio de Janeiro. Disponível em:< http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2011/Relatorios/CSS/DIR/DIR_Alexandra%20Carvalho%20Lopes%20de%20Oliveira.pdf> Acesso em: 21 mai. 2016.

Para isso é preciso instrumentalizar o Estado com este fim, razão pela qual proponho a inclusão de §3º ao art. 84, para que o condenado ou preso provisório classificado como psicopata cumpra sua pena em seção distinta daquela reservada aos demais presos.⁷⁷

Entre os estudos usados em sua tese, Marcelo cita Silva, em trecho que é apresentado a seguir:

“Se tais procedimentos fossem utilizados dentro dos presídios brasileiros, certamente os psicopatas ficariam presos por muito mais tempo e as taxas de reincidência de crimes violentos diminuiriam significativamente. Nos países onde a escala Hare (PCL) foi aplicada com essa finalidade, constatou-se uma redução de dois terços das taxas de reincidência nos crimes mais graves e violentos. Atitudes como essas acabam por reduzir a violência na sociedade como um todo.”⁷⁸

O deputado também defende em seu projeto que as concessões ao criminoso psicopata, como as de livramento condicional, indulto e a comutação de penas do preso, assim como transferências para regime menos rigoroso, dependam de laudo permissivo emitido por quem tenha condição técnica de fazê-lo, com fundamentos e cuidados necessários.⁷⁹

Os criminosos psicopatas não estão doentes e não receberão nenhuma ajuda com tratamentos médicos, assim, a medida de segurança é uma sanção muito utilizada, porém não tão eficaz quanto possa parecer, enquanto que a pena comum pode ser capaz de retribuir o mal causado pelo criminoso, este em contato com criminosos comuns pode causar tanto mal quanto em nossas ruas, portanto é uma questão ainda delicada que deve receber mais atenção de juristas, técnicos e médicos competentes.

⁷⁷ ITAGIBA, Marcelo. **Projeto de lei da Câmara nº 6858, de 2010**. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal, para criar comissão técnica independente da administração prisional e a execução da pena do condenado psicopata, estabelecendo a realização de exame criminológico do condenado a pena privativa de liberdade, nas hipóteses que especifica. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=737111&filename=PL+6858/2010>. Acesso em: 21 mai. 2016.

⁷⁸ SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 134.

⁷⁹ ITAGIBA, Marcelo. **Projeto de lei da Câmara nº 6858, de 2010**. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal, para criar comissão técnica independente da administração prisional e a execução da pena do condenado psicopata, estabelecendo a realização de exame criminológico do condenado a pena privativa de liberdade, nas hipóteses que especifica. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=737111&filename=PL+6858/2010>. Acesso em: 21 mai. 2016.

2.5 IAN BRADY E MYRA HINDLEY

Ian Brady e Myra Hindley, conhecidos como “Assassinos do Pântano”, foram um casal de psicopatas responsáveis pelos abusos e homicídios de 5 vítimas, entre elas dois adolescentes e três crianças, sendo um dos casos mais chocantes do Reino Unido.

Ian nasceu em Glasgow, Escócia em 02 de janeiro de 1938, filho de mãe solteira, nunca conheceu seu pai. Passava longos períodos de tempo sozinho devido o trabalho de sua mãe, garçoneiro, aos poucos começou a se interessar pelo nazismo e os trabalhos do Marques de Sade e outros autores sádicos, cometendo pequenos delitos e roubos na adolescência, passando um tempo na prisão aos 17 anos.⁸⁰

O rapaz exibia traços característicos clássicos de psicopatia desde a infância, embora fosse inteligente, tinha fraco desempenho nos estudos, costumava ter ataques de raiva e gostava de realizar crueldades com animais, como apedrejar e decapitar.⁸¹

Myra nasceu em Manchester, Inglaterra em 23 de julho de 1942, sendo criada por sua avó materna, tendo largado os estudos aos 15 anos após a morte de um amigo por afogamento.⁸²

Em 1961, quando trabalha como empregado de um estoque em Manchester, Ian com 21 anos, conheceu Myra, secretária com seus 18 anos que buscava algo para mudar sua vida tediosa, estando sob a influência de Ian, passou a realizar suas fantasias pornográficas, vestida como nazista ou dominadora, aderindo a filosofia cruel de Brady.⁸³

Dois anos após se conhecerem, entre 1963 e 1964, o casal iniciou sua série de crimes brutais, tais como sequestro, estupro e assassinatos de quatro jovens, livrando-se de seus corpos no pântano da região, assim, ambos ficaram conhecidos como os “assassinos do pântano”.⁸⁴

A primeira vítima do casal foi Pauline Reade de 16 anos, a qual foi sequestrada por Myra a caminho de uma boate, então foi levada para onde Ian as esperava, lá foi estuprada, espancada e esfaqueada, sendo finalmente enterrada no pântano.⁸⁵

⁸⁰ BIOGRAPHY.COM EDITORS. **Ian Brady Biography**. Disponível em: <<http://www.biography.com/people/ian-brady-17169718>> Acesso em 05 jun. 2016.

⁸¹ SCHECHTER, Harold. **Serial Killers – Anatomia do Mal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Darkside, 2013, p 88.

⁸² BIOGRAPHY.COM EDITORS. **Myra Hindley Biography**. Disponível em: <<http://www.biography.com/people/myra-hindley-229551#murderer>> Acesso em 05 jun. 2016.

⁸³ SCHECHTER, Harold. **Serial Killers – Anatomia do Mal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Darkside, 2013, p 88.

⁸⁴ SCHECHTER, Harold. **Serial Killers – Anatomia do Mal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Darkside, 2013, p 88.

⁸⁵ BIOGRAPHY.COM EDITORS. **Ian Brady Biography**. Disponível em: <<http://www.biography.com/people/ian-brady-17169718>> Acesso em 05 jun. 2016.

Após o primeiro crime, a nova vítima foi John Kilbride de 12 anos, sequestrado em um mercado perto do local onde morava e então nunca mais foi visto, mesma situação de Lesley Ann Downey de 10 anos de idade, a qual desapareceu de um parquinho local, sendo esta a quarta vítima.

A terceira vítima foi Keith Bennett de 12 anos, que desapareceu enquanto estava indo para a casa de sua avó, no dia seguinte uma enorme força policial foi designada para encontrar a criança, que havia sido atraída por Myra sob o pretexto de pedir ajuda com algumas caixas, sendo levada para Ian, onde foi estuprado, estrangulado e enterrado.⁸⁶

A última vítima, e a que causou a prisão do casal, foi Edward Evans de 17 anos, jovem homossexual que foi atraído por Ian para a casa de Myra, no local recebeu uma machadada na cabeça e morreu ali mesmo, tudo isto na frente de uma testemunha, o cunhado de Myra, Dave Smith.⁸⁷

Após ver o assassinato e as piadas que o casal fazia com a “bagunça”, soube dos outros crimes, a testemunha fingiu concordar com aquilo, ajudando a limpar a casa, no fim do dia, foi para sua casa e avisou as autoridades sobre tudo o que ouviu e viu naquele dia.⁸⁸

A polícia fez diversas buscas na casa de Myra, encontrando o corpo da última vítima, e uma informação de que algumas provas estavam escondidas em um armário na estação de trem da cidade, ali estavam duas malas contendo uma grande quantidade de provas, em especial, uma fita com a tortura e morte de Lesley Downey, entretanto, o casal insistia em sua inocência, chegando ao ponto de acusar a testemunha de ser o responsável.⁸⁹

Os assassinos do pântano foram condenados à prisão perpétua, sendo odiados no país, sendo que qualquer menção aos nomes deles causa revolta por onde é ouvido, Ian segue cumprindo sua pena e Myra morreu em 15 de novembro de 2002 por insuficiência respiratória.⁹⁰

Ambos possuíam traços de que muitos considerariam sociopatia, pois tiveram uma criação complicada, com abandonos e uma vida de crime precoce, sendo assim, um casal homicida que poderia ser previsto, o que não ocorre com o próximo caso.

⁸⁶ BIOGRAPHY.COM EDITORS. **Ian Brady Biography**. Disponível em: <<http://www.biography.com/people/ian-brady-17169718>> Acesso em 05 jun. 2016.

⁸⁷ BIOGRAPHY.COM EDITORS. **Myra Hindley Biography**. Disponível em: <<http://www.biography.com/people/myra-hindley-229551#murderer>> Acesso em 05 jun. 2016.

⁸⁸ BIOGRAPHY.COM EDITORS. **Ian Brady Biography**. Disponível em: <<http://www.biography.com/people/ian-brady-17169718>> Acesso em 05 jun. 2016.

⁸⁹ BIOGRAPHY.COM EDITORS. **Ian Brady Biography**. Disponível em: <<http://www.biography.com/people/ian-brady-17169718>> Acesso em 05 jun. 2016.

⁹⁰ SCHECHTER, Harold. **Serial Killers – Anatomia do Mal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Darkside, 2013, p 88.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A psicopatia é um transtorno de personalidade que possui uma série de sintomas definidos pela psicologia, entre eles a incapacidade do indivíduo de amar, assim, a formação de um casal de psicopatas é cercada de incertezas. Ainda, assim, algumas considerações puderam ser tomadas por este estudo.

Os motivos que levam casais psicopatas a se unir é a facilidade com que enganam suas vítimas, pois o psicopata clássico é um indivíduo incapaz de se conectar a alguém, portanto, a vítima não imagina que um casal possa se aproximar com ideias criminosas. Um agente solitário tem a possibilidade de criar mais suspeitas sobre seu comportamento ou atividades do que um casal, pois não se imagina que a maldade comum entre os psicopatas atinja uma entidade como a família, portanto, eles utilizam a família mais como uma camuflagem do que como algo que desejam por amor.

Os sintomas do transtorno caracterizam-se mais fortemente na incapacidade do indivíduo de criar vínculos amorosos, sentir emoções e empatia com terceiros e se importar com a vida alheia, sendo capaz de manipulação e fingimento extremamente convincentes.

A imputabilidade ou inimputabilidade do psicopata é um assunto polêmico, pois não há consenso entre as comunidades jurídicas e médicas. Muitos autores acreditam que o psicopata é um doente mental, e, portanto, inimputável, outros, acreditam trata-se de um semi-imputável, enquanto alguns e a maioria dos médicos afirmam que se trata apenas de um transtorno, e não uma verdadeira doença, pois possuem plena capacidade intelectual e sabem diferenciar perfeitamente o certo e o errado.

Com base em diversos autores, o estudo fez uma explicação direta e prática do que é o concurso de agentes, analisando suas características, requisitos e suas formas, para então focar de uma forma mais prática aos casos.

Na visão pessoal do pesquisador, os casais psicopatas devem ter previsões legais concretas, pois não há doutrinas ou teses que possam embasar decisões judiciais, assim, os julgadores não estão amparados quando encontram um caso como os apresentados na pesquisa, assim, deve haver uma legislação, ou ao menos, uma complementação na atual, ao fim de normalizar uma norma ausente no ordenamento brasileiro, para reconhecer, entender e assim julgar e aplicar a lei de forma correta, especificamente para os portadores desse transtorno com estabelecimentos prisionais próprios a eles.

REFERÊNCIAS

- ABDALLA-FILHO, Elias; SOUZA, Patrícia Abdalla de. **Bioética, Psiquiatria Forense e a aplicação da Medida de Segurança no Brasil**. Brasília: 2009.
- ARANHA, Mauro. et. al. **Crime e saúde mental. Especialistas discutem assistência aos portadores de transtornos mentais e de personalidade que cometem crimes**. CREMESP: Conselho Regional de Medicina de São Paulo. São Paulo, n. 53, out/dez. 2010. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Revista&id=509>>. Acesso em: 15 jun. 2015.
- BABIAK, Paul; HARE, Robert D. **Snakes in Suits. When Psychopaths Go to Work**. New York: Harper Collins, 2006.
- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal**, Parte Geral, v. I, Saraiva, 3ª edição, São Paulo, 2003.
- BIOGRAPHY.COM EDITORS. **Ian Brady Biography**. Disponível em: <<http://www.biography.com/people/ian-brady-17169718>> Acesso em 05 jun. 2016.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2012.
- BRASIL, **Código Penal**. Redação dada pelo decreto-lei nº 2.848, de 7/12/1940.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.
- BRASIL, **Lei de Execução Penal**. Redação dada pela lei nº 7.210, de 11/07/1984.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v.1, 2012.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ESTEFAM, André. **Direito Penal** – Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HARE, Robert D. **Sem consciência**: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. Porto Alegre: Artmed, 2013.

HUSS, Matthew T. **Psicologia Forense**: pesquisa, prática clínica e aplicações. Porto Alegre. Artmed, 2011.

ITAGIBA, Marcelo. **Projeto de lei da Câmara nº 6858, de 2010**. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal, para criar comissão técnica independente da administração prisional e a execução da pena do condenado psicopata, estabelecendo a realização de exame criminológico do condenado a pena privativa de liberdade, nas hipóteses que especifica. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=737111&filename=PL+6858/2010>. Acesso em: 21 mai. 2016.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal** – Parte Geral, 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal** – Parte Geral, 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2.

LEAL, João José. **Direito Penal Geral**. 3 ed. Florianópolis: OAB/SC, 2004.

MADEIRA, Ronaldo Tanus. **A Estrutura Jurídica da Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

MATOS, João Carvalho de. **Prática e Teoria do Direito Penal & Processual Penal**. v. 1. 9 ed. São Paulo: Mundo Jurídico, 2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Alexandra Carvalho Lopes de. **Análise da figura do psicopata sob o ponto de vista psicológico-moral e jurídico-penal**. Rio de Janeiro: *Puc-Rio, Departamento de Direito*, 2011. Disponível em:< http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2011/Relatorios/CSS/DIR/DIR_Alexandra%20Carvalho%20Lopes%20de%20Oliveira.pdf> Acesso em: 21 mai. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 7 ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2011.

SCHECHTER, Harold. **Serial Killers – Anatomia do Mal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Darkside, 2013.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

SUCKER, Betina Heike Krause. **Maridos homicidas no direito penal da paixão: sua psicologia e reflexo na culpabilidade**. Novo Hamburgo: Feevale, 2007.

TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. **Psicopatia – a máscara da justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

a responsabilidade civil do inss por ato que indefere ou cancela um benefício previdenciário devido

Viviane Andréa Adam Silva

Graduanda do Curso de Direito da Universidade Feevale com previsão de formatura para 13/01/2017. E-mail viviane.adam@hotmail.com.

André Rafael Weyermuller

Advogado inscrito na AOB/RS nº 50.426. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais. Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Feevale. Mestre em Direito Público e Doutor em Direito pela Unissinos. Professor de Direito na Feevale. Assessor jurídico de empresas. Autor de livros e artigos jurídicos. E-mail andrerw@feevale.br.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a responsabilidade civil do INSS por ato que indefere ou cancela um benefício previdenciário devido, e tem como principal objeto o estudo da responsabilidade do Estado, decorrente dos vícios na concessão de tais benefícios. Diante desse cenário, procura-se analisar se a injusta privação de verbas de natureza alimentar causa dano moral a quem tem seu benefício indeferido ou cancelado indevidamente pela Autarquia Previdenciária.

Muitos motivos impulsionaram o desenvolvimento da presente pesquisa, entretanto, o mais forte deles é a sua relevância social, pois todo e qualquer cidadão que se dirige até uma agência do INSS deve receber atendimento digno, porém, muitas vezes, os agentes previdenciários procedem de forma desatenciosa ou desrespeitosa com o cidadão, se aproveitando de sua falta de conhecimento, para, de modo abusivo e arbitrário, negar direitos inegáveis.

Essas atitudes muitas vezes extrapolam a obrigação do Instituto em pagar os atrasados, sendo necessário reparar também o dano moral causado. Por causa disso, o INSS deve ser demandado para arcar com a responsabilização civil ante ao sofrimento de um cidadão ficar sem uma renda de caráter alimentar, sacrificando todos àqueles que dependem disso. Deste modo, o direito previdenciário busca proporcionar a proteção social necessária frente ao direito do cidadão que espera receber o benefício a que tinha direito no tempo estabelecido pela lei.

O objetivo geral do presente estudo visa a identificar quais as situações geradoras de dano moral ao cidadão que tem seu benefício indeferido ou cancelado indevidamente pelo INSS, em decorrência de vícios cometidos no procedimento administrativo, bem como, analisar qual o posicionamento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região quanto à responsabilidade civil da Autarquia Previdenciária.

Para responder aos problemas propostos, serão analisados os seguintes assuntos: a responsabilidade do Estado diante do dano moral previdenciário, as falhas no procedimento administrativo que configuram dano moral e as formas de reparação, natureza alimentar dos benefícios, critérios para fixação do valor do dano moral, vícios ensejadores de danos e reparação, e por fim, posicionamento jurisprudencial do TRF da 4ª Região.

O trabalho se adapta à pesquisa descritiva e explicativa, e o método de abordagem que se insere no trabalho é o método dedutivo, visto que destina-se a demonstrar e justificar a realidade, aplicando o critério de verdade ao caso concreto. O trabalho será respondido com base em pesquisa bibliográfica que aclaram o problema da pesquisa, recorrendo subsídios em teorias já existentes que estão explanadas em livros, dissertações, artigos científicos, revistas, entre outros. Junta-se a isso, a pesquisa documental e jurisprudencial, utilizando as atuais decisões do TRF da 4ª Região sobre as questões de pesquisa.

Portanto, o presente trabalho visa abordar as falhas da Autarquia Previdenciária, no seu procedimento administrativo que, por conduta viciosa de seus agentes, indefere ou cancela benefícios previdenciários devidos aos seus segurados ou dependentes, mesmo após preenchidos todos os requisitos legais para concessão de tais benefícios. Visa também, apresentar formas de restringir, por meio da imposição do dever de reparar, as práticas lesivas aos segurados e dependentes da Previdência Social.

1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO INSS POR ATO QUE INDEFERE OU CANCELA UM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DEVIDO

1.1 A CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL PREVIDENCIÁRIO E A SUA REPARAÇÃO

Os direitos previdenciários por se tratarem de direitos básicos para a sobrevivência das pessoas, é inequívoca a sua condição como fundamentais. Desta forma, tais direitos exigem aplicabilidade e efetivação imediatas, de modo a se tornarem concretos e garantirem a dignidade da pessoa humana. Uma das formas de tornar o direito previdenciário efetivo é garantir a sua proteção contra os vícios provenientes do processo e do ato administrativo de concessão de benefícios, por meio de atribuição de reparação moral a ser suportada pelo INSS quando acarretar prejuízo moral para os seus beneficiários.¹

O sofrimento causado ao segurado ou dependente de um direito de caráter existencial é coberto de uma gravidade sem tamanho. É comum que um vício sem qualquer justificativa na concessão de um benefício, transmita à pessoa uma depreciação de sua existência, muito além do desconforto, atingindo a esfera da sua dignidade como ser humano. A humilhação decorrente da falta de condições de manter a própria subsistência vai além da perda de caráter material, alcança a pessoa na sua essência, justificando desta forma, a reparação por dano moral.²

¹ CAMPOS, Wânia Alice Ferreira Lima. **Dano Moral no Direito Previdenciário: doutrina, legislação, jurisprudência e prática**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 91-92.

² CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 117, já. Mar. 2005, p. 149-166. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**. São Paulo, v. 3, ago. 2011, p. 921-941. **Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**. São Paulo, v. 5, set. 2012, p. 59-80. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007a000001546f42fe8773a1a4f7&docguid=l14d59d9of25511dfab6f01000000000&hitguid=l14d59d9of25511dfab6f01000000000&spo s=1&epos=1&td=4&context=242&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 01 maio 2016.

No aspecto da responsabilidade civil do Estado, as duas primeiras Constituições, de 1824 e 1891, imperavam que os funcionários públicos eram direta e exclusivamente responsáveis por lesões decorrentes de omissão ou comissão no exercício de suas atividades, ou seja, dominava a teoria da irresponsabilidade do Estado. Na vigência das Constituições de 1934 e de 1937, passou a predominar o princípio da responsabilidade solidária, no qual o prejudicado podia mover a ação contra o servidor público, o Estado ou contra ambos, de acordo com o seu juízo de conveniência. A partir da Constituição de 1946, foi extinta a responsabilidade do funcionário público e a responsabilidade solidária, admitindo-se, então, o princípio da responsabilidade em ação regressiva. Somente a Constituição de 1946 adotou a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, sendo que com a Constituição de 1967, houve um acréscimo na responsabilização das pessoas jurídicas de direito público por atos de seus servidores. Esse acréscimo acentuou-se ainda mais na Constituição de 1988, que passou a agregar a responsabilidade civil objetiva às pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos.³

Para a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, o dano sofrido pelo sujeito é uma consequência do funcionamento do serviço público, sendo indispensável o evento danoso e a lesão, e irrelevante a análise dos elementos subjetivos culpa e dolo. Esta teoria possui alguns pressupostos para configuração da responsabilidade civil do Estado, são eles: “a ocorrência de dano, ação ou omissão administrativa, existência denexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal”.⁴

A partir do firmamento da responsabilidade objetiva do Estado, Rizzardo afirma que foram concebidas três teorias: a) a teoria da culpa administrativa, onde “deve existir a falta de serviço, isto é, as precariedades, as imperfeições, a inexistência, o mau funcionamento, a demora na prestação, a baixa qualidade, de modo a acarretar prejuízo”; b) a teoria do risco administrativo, da qual “decorre o dever de indenizar pela mera ocorrência do prejuízo, não se indagando da verificação ou não da culpa”; c) a teoria do risco integral, que apesar de possuir alguns adeptos, o autor não vislumbra sustentação prática nessa teoria,

³HARADA, Kiyoshi. Responsabilidade Civil do Estado. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, v. 5, jan. jun. 2000, p. 123-133. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad6007a000001546f1d05d273a1a46f&docguid=19359foco83f811e3849401000000000&hitguid=19359foco83f811e3849401000000000&spos=4&epos=4&td=20&context=203&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 02 maio 2016.

⁴CASTRO, Honildo Amaral de Mello. Responsabilidade civil do Estado: alguns aspectos. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 17, jan. 2014, p. 123. *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*. São Paulo, v. 6, out. 2011, p. 43. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad8181500000154624629begdf496f1&docguid=12ec57710f25111dfab6f01000000000&hitguid=12ec57710f25111dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=98&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

“porquanto enseja estabelecer a responsabilidade por todos os danos que acontecerem, mesmo que presente a culpa do lesado”. O autor é enfático ao afirmar que “a melhor que se adapta à realidade é a responsabilidade pelo risco administrativo”.⁵

Gagliano e Pamplona Filho partilham do mesmo entendimento de Rizzardo:

De fato, parece-nos que, sem sombra de qualquer dúvida, a responsabilidade civil prevista na Constituição Federal de 1988 é essencialmente *objetiva*, prescindindo da idéia de culpa, como pressuposto para a obrigação de indenizar.

A constatação de “culpa da vítima” fulmina a pretensão reparatória, não pela ausência de elemento subjetivo, mas sim por quebrar o nexo da causalidade necessário para o reconhecimento da reparabilidade do dano.

Tal conclusão se respalda, ainda mais, quando compreendida no novo sistema de responsabilidade civil no Brasil, que propugna pela mais ampla reparabilidade dos danos causados, justamente com a independência do elemento culpa.

Essa afirmação, todavia, não implica dizer que o nosso sistema tenha adotado as teorias do risco integral ou risco social, mas sim do risco administrativo.⁶

Deste modo, na área previdenciária existe uma verdadeira aproximação do administrado com a administração. Neste aspecto, a relação ganha contornos especiais, diante da carga social e alimentar que cobre todos os benefícios previdenciários. De outro lado, certos atos omissivos ou comissivos da Administração Pública têm acarretado um crescente manuseio da reparação civil dentro desta conjuntura, com a finalidade de instrumentalizar e recompor a busca do direito almejado. Logo, o dano moral previdenciário se apresenta como uma circunstância jurídica necessária e instrumental para a proteção previdenciária, visto que proíbi lesões, indeniza prejuízos e ensina a administração a cada vez mais valorizar as conquistas da população.⁷

Conforme disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição de 1988, resta evidente que a responsabilidade civil do Estado é objetiva e está fundada na teoria do risco administrativo:

⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 354-355.

⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3, p. 245.

⁷ AGOSTINHO, Theodoro Vicente; SALVADOR Sérgio Henrique. O dano moral no direito previdenciário: uma necessária abordagem. **Revista de Direito Previdenciário**. São Paulo, v. 1, Nov. 2013, p. 131. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=ioad81815000001546465d241b484e918&docguid=l934900do83f811e3849401000000000&hitguid=934900do83f811e3849401000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=8&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso 30 abr 2016.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.⁸

Não bastasse o fato de a Constituição de 1988 adotar no § 6º do artigo 37, a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, não se afasta, naquilo que for cabível, a aplicação da teoria geral da responsabilidade prevista no Código Civil de 2002. Conforme o artigo 186 do Código Civil, aquele que por ação ou omissão violar direito e causar dano, comete ato ilícito. Por sua vez, o artigo 187 do mesmo Código regula as situações de excessos na prática dos atos da vida civil e, em concordância com o artigo 37, § 6º, da CF/88, o Código Civil previu a responsabilidade objetiva em seu artigo 927 ao dispor que aquele que cometeu dano fica obrigado a repará-lo. A reparação moral também é garantida na Constituição da República, especificamente no seu artigo 5º, incisos V e X.⁹

Por sua vez, não são em todas as situações em que o INSS responde pela indenização de dano moral decorrente de vícios na concessão de benefícios previdenciários, visto que podem ocorrer determinadas hipóteses em que o Estado, de forma geral, e o INSS, de forma específica, não terão obrigação de reparar ou indenizar o dano. Trata-se de excludentes da responsabilidade civil, são elas: a) por culpa exclusiva da vítima; b) por motivo de força maior; c) em caso fortuito; d) por estado de necessidade; e) no exercício regular do direito; f) por legítima defesa; g) por inexistir nexo causal entre a conduta do agente público e o dano; h) por exercício do dever legal do agente público frente a uma norma jurídica que lhe determina a conduta; i) por culpa ou dolo de agente público estranho à relação entre o INSS e o beneficiário.¹⁰

⁸ BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2016.

⁹ CAMPOS, Wânia Alice Ferreira Lima. **Dano Moral no Direito Previdenciário: doutrina, legislação, jurisprudência e prática**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 122-124.

¹⁰ CAMPOS, Wânia Alice Ferreira Lima. **Dano Moral no Direito Previdenciário: doutrina, legislação, jurisprudência e prática**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 102-103.

Por fim, o Estado sempre irá responder de forma objetiva pelo dano causado ao administrado, seja por ação ou omissão de seus agentes e desde que não ocorra uma das excludentes da sua responsabilidade. Desta forma, a atividade da Autarquia Previdenciária tem caráter essencial para toda sociedade no sentido de promover a justiça e a igualdade social, podendo gerar diversos danos aos cidadãos que dependem dos benefícios por ela geridos.¹¹

2 NATUREZA ALIMENTAR DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

Os benefícios previdenciários têm por característica a natureza alimentar garantidora da subsistência do beneficiário e de sua família, visto que responde pelas despesas como habitação, saúde, alimentação, vestuário, entre outras. Em algum momento, o benefício previdenciário substitui os meios habituais de subsistência garantidos através do trabalho formal. Martinez afirma que “em virtude dessa particularidade, qualquer agressão formalmente indevida, contrária à lei, contendo ilicitude comprovada, constitui-se em constrangimento ao direito subjetivo à proteção e carece ser reparada”. Desta feita, em virtude da característica alimentar dos benefícios previdenciários, o princípio da celeridade deve ser respeitado. O autor refere que é imprescindível a concessão imediata do bem jurídico após preenchidos os pressupostos legais, caso contrário, “o atraso injustificado, a protelação descabida ou a mora precisa ser sancionada”.¹²

A concepção de Martinez é ratificada por Campos, uma vez que a autora também entende que os benefícios previdenciários possuem caráter alimentar, eis que custeiam as necessidades vitais básicas do cidadão e de sua família. Para a autora, o caráter alimentar dos benefícios previdenciários traz o princípio da dignidade humana do plano abstrato para o plano concreto, destacando, também, os princípios da boa-fé e da irrepetibilidade dos alimentos. Para a autora, o princípio da boa-fé é um manto protetor que evita devolução de valores que tenham sido recebidos de boa-fé pelo segurado ou seus dependentes, máxime por se tratar de alimentos. O princípio da irrepetibilidade dos alimentos significa que em função da natureza alimentar dos benefícios previdenciários, aqueles valores recebidos de boa-fé não são passíveis de devolução, por presumir-se que já foram gastos com o pagamento dos bens necessários a sobrevivência do segurado e seus dependentes.¹³

¹¹ FARINELLI, Alexandro Menezes; MASCHIETTO, Fabia. *Dano Moral Previdenciário*. 2. ed. São Paulo: Mundo Jurídico, 2013, p. 108, 125.

¹² MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Dano Moral no Direito Previdenciário*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 65-66.

¹³ CAMPOS, Wânia Alice Ferreira Lima. *Dano Moral no Direito Previdenciário: doutrina, legislação, jurisprudência e prática*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 86-88.

3 VALOR DO DANO MORAL

É evidente que a Constituição da República de 1988 facilitou o acesso das pessoas à justiça, principalmente no que tange à possibilidade de discussão do dano moral. Porém, não havia parâmetro para atribuir valor a bens não avaliados no aspecto financeiro. O advento do Código Civil de 2002 não contribuiu significativamente para a resolução desse problema; ele apenas positivou o que todos já sabiam, ou seja, que a indenização deve ser avaliada pela extensão do dano e que ela deve ser reduzida frente a constatação da participação da vítima no resultado danoso. O Código Civil também autorizou ao julgador fazer uso da regra da equidade, ao verificar que há grande disparidade entre a graduação da culpa do ofensor e o dano causado.¹⁴

Diante, então, da insuficiência do Código Civil, avaliar o *quantum* da indenização por dano moral não é uma tarefa nada fácil, sendo necessário levar em consideração alguns requisitos, bem como, analisar cada caso individualmente. A dor apesar de não ter preço, não pode gerar empecilho para fixar o valor da indenização do dano moral. O valor a ser fixado deve intentar o caráter pedagógico, a fim de alertar a Autarquia Previdenciária ou à União a evitar condutas iguais ou similares às causadoras do dano moral. Por outro lado, se persistir a prática de atos nocivos por parte do INSS ou da União, a fixação do valor da indenização do dano moral deve se transformar em um caráter punitivo, aumentado gradualmente na proporção da reincidência das condutas ilícitas.¹⁵

Por conseguinte, não foi o legislador brasileiro que definiu os parâmetros limitadores do *quantum* indenizatório. Os parâmetros vieram da doutrina e, principalmente, da jurisprudência e, com isso, em cada caso concreto, cabe ao julgador definir o valor do dano moral.¹⁶

Definiram-se, a partir disso, alguns critérios para orientar e delimitar o cálculo do valor do dano moral, entre eles, a forma como aconteceu o evento danoso, as condições sociais e econômicas das partes, o grau de culpa do ofensor, o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, a intensidade e duração do sofrimento e a vedação ao enriquecimento. Os critérios mencionados acabam por atuar como delimitadores do valor da indenização, mas continuou-se

¹⁴ FURMANN, Ivan; PEREIRA, Gabriel Bittencourt. Mensurando o preço da dor. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 58, abr. jun. 2014, p. 159-178. *Doutrinas Essenciais de Dano Moral*. São Paulo, v. 4, jul. 2016, p. 843-863. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad600790000015493c1e3fcea7a50ba&docguid=lbd34e940033c11e4833401000000000&hitguid=lbd34e940033c11e4833401000000000&spos=1&epos=1&td=4&context=28&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 08 maio 2016.

¹⁵ CAMPOS, Wânia Alice Ferreira Lima. *Dano Moral no Direito Previdenciário: doutrina, legislação, jurisprudência e prática*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 128.

¹⁶ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Dano Moral no Direito Previdenciário*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 101.

com o problema do valor base, gerando problemas como o da diversidade dos valores indenizatórios em situações similares e o da desproporcionalidade dos valores arbitrados em casos diferentes. Por isso, a análise jurisprudencial é essencial para compreender os critérios do *quantum* indenizatório do dano moral.¹⁷

O dano moral, portanto, é algo puramente intangível e subjetivo e deve ser acreditado como existente, desde que presente a conduta que o gerou e o nexos entre ambos. Isso faz com que o processo de medição da indenização por dano moral seja totalmente subjetivo, sendo que os valores das indenizações resultam exclusiva e unicamente das impressões pessoais dos magistrados. É inegável que as circunstâncias de cada caso são consideradas no momento da medição, porém, como não há parâmetros objetivos, os valores acabam sendo avaliados subjetivamente pelo julgador.¹⁸

4 VÍCIOS ENSEJADORES DE DANOS E REPARAÇÃO

Os benefícios previdenciários são concedidos aos beneficiários da Previdência Social por meio de ato administrativo, realizado no âmbito do INSS, antecedido de um processo administrativo para verificação do cumprimento dos requisitos que instruem a concessão do benefício aos segurados e dependentes. Esta trajetória percorrida no INSS para reconhecer o direito ao benefício previdenciário pode ser um caminho permeado por humilhações, por isso, os vícios na concessão de benefícios previdenciários podem ocorrer no processo e no ato administrativo, bem como, na análise legal dos seus requisitos.¹⁹

Nesse sentido, vícios decorrentes da não observância das regras aplicáveis ao processo administrativo de concessão de benefício previdenciário, a não concessão de benefício previdenciário com base em arbitrariedade e discricionariedade dos servidores públicos do INSS, o diagnóstico fático indevido da situação de contingência ou a má interpretação da norma legal implicam em vícios que induzem ao abalo moral do segurado ou dependente e sua consequente obrigação do dever de reparar, porquanto se trata de uma conduta antijurídica, em um momento de fragilidade da condição humana.²⁰

¹⁷ FURMANN, Ivan; PEREIRA, Gabriel Bittencourt. Mensurando o preço da dor. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 58, abr. jun. 2014, p. 159-178. *Doutrinas Essenciais de Dano Moral*. São Paulo, v. 4, jul. 2016, p. 843-863. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad600790000015493c1e3fcea7a50ba&docguid=lbd34e940033c11e4833401000000000&hitguid=lbd34e940033c11e4833401000000000&spos=1&epos=1&td=4&context=28&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 08 maio 2016.

¹⁸ FURMANN, Ivan; PEREIRA, Gabriel Bittencourt. Mensurando o preço da dor. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 58, abr. jun. 2014, p. 159-178. *Doutrinas Essenciais de Dano Moral*. São Paulo, v. 4, jul. 2016, p. 843-863. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad600790000015493c1e3fcea7a50ba&docguid=lbd34e940033c11e4833401000000000&hitguid=lbd34e940033c11e4833401000000000&spos=1&epos=1&td=4&context=28&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 08 maio 2016.

¹⁹ CAMPOS, Wânia Alice Ferreira Lima. *Dano Moral no Direito Previdenciário: doutrina, legislação, jurisprudência e prática*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 104.

²⁰ CAMPOS, Wânia Alice Ferreira Lima. *Dano Moral no Direito Previdenciário: doutrina, legislação, jurisprudência e prática*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 105, 116, 119.

A razoável duração do processo e a celeridade de sua tramitação são princípios que devem ser respeitados pelo INSS. Desta forma, a concessão tardia de prestações previdenciárias resulta em prejuízo do titular de direito. O artigo 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/91 determina que a Autarquia Previdenciária deverá efetuar o primeiro pagamento do benefício para o segurado ou seus dependentes até 45 dias após a apresentação da documentação necessária a sua concessão. Assim, o não atendimento da pretensão de que o segurado tem direito e disso faz prova, em função da lentidão ou desorganização, causa inúmeros transtornos para o beneficiário que, por isso, precisa ser compensado com uma indenização moral.²¹

Quando o agendamento da perícia médica necessária para concessão de determinados benefícios previdenciários se dá em uma data longínqua, extrapolando ao razoável, faz com que o segurado, que se encontra incapaz, sem condições de trabalhar e de arcar com sua sobrevivência, fique sem alimentos e medicamentos. Outro prejuízo que o segurado pode ter é que, quando, ao chegar o dia da perícia, pode já estar curado da enfermidade que o afligia, tendo negado o direito a concessão do benefício. Esta demora fere os princípios da eficiência, razoabilidade e da dignidade da pessoa humana, justificando, plenamente, o dano moral.²²

Martinez afirma que o extravio dos autos do processo ou de provas materiais que instruem um pedido, “são a alma jurídica da pretensão dos titulares do direito, em alguns casos requisitos decisivos para o seu aperfeiçoamento”. A perda de documentos ou dos autos do processo significa indubitáveis prejuízos para o interessado. Para o autor, a angústia de quem não consegue comprovar seu direito em função do extravio de documentos, muitas vezes únicos, deve ser reparada.²³

Outro vício relevante é o desinteresse dos peritos do INSS no momento da perícia médica. O segurado que se submete a determinado exame para concessão ou manutenção de seu benefício previdenciário, está em condição de dupla vulnerabilidade caracterizada pela doença e pela incapacidade para o trabalho.²⁴

²¹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Dano Moral no Direito Previdenciário**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 130.

²² PEREIRA, Caroline Quadros da Silveira. O direito à implantação automática dos benefícios por incapacidade face à ausência de prazo razoável para a realização da perícia médica. **Instituto de Estudos Previdenciários**. Belo Horizonte, ano 08, jun. 2014, n. 309. Disponível em: <<http://www.ieprev.com.br/conteudo/id/34626/t/o-direito-a-implantacao-automatica-dos-beneficios-por-incapacidade-face-a-ausencia-de-prazo-razoavel-para-a-realizacao-de-pericia-medica>>. Acesso em: 01 maio 2016.

²³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Dano Moral no Direito Previdenciário**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 138-139.

²⁴ MELO, Maria da Penha Pereira de. Moralidade e risco na interface médico-paciente na perícia médica da Previdência Social. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, v. 24, jan. mar. 2014, p. 49-66. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312014000100049&lang=pt>. Acesso em: 05 maio 2016.

Assim, a perícia equivocada por parte dos peritos médicos dos INSS é uma realidade vivenciada pelos segurados que necessitam se submeter a este serviço para concessão de alguns benefícios. Para obtenção de um parecer médico quanto à incapacidade laboral, são necessárias análises laboratoriais, exames, avaliações ergométricas, enfim, perquirição dificilmente realizada, gerando conclusões médicas sem exatidão técnica da incapacidade ou não. O erro médico pericial causa prejuízos ao cidadão e é pressuposto da ação compensadora do dano moral.²⁵

Para Campos, o descumprimento aos requisitos legais para a concessão dos benefícios previdenciários que podem privar de maneira indevida o segurado ou seus dependentes, no que se refere à “má interpretação da norma legal ou o diagnóstico fático indevido da situação de contingência de uma pessoa” são situações que não raro acontecem e devem ser reprimidas.²⁶

A recusa de protocolo por parte do agente público é motivo de reparação por dano moral. Todo cidadão tem o direito constitucional de protocolar um pedido, qualquer que seja ele, junto a órgãos públicos, conforme regulamenta o artigo 5º, inciso XXXIV, da CF/88. Um dos principais argumentos do agente previdenciário para o não protocolo é a falta de documentos que informem o direito do titular, porém, isso não impede o ato de protocolar.²⁷

O devido processo legal, disposto na CF/88, em seu artigo 5º, inciso LIV, garante a todos os beneficiários do INSS que os atos do processo administrativo previdenciários sejam praticados dentro da previsão normativa e com objetividade, sem surpresas aos segurados ou dependentes, com ampla produção de provas e argumentação fática, bem como o contraditório em relação a provas e fatos que lhes forem prejudiciais. A restrição ou a falta destes atos devem implicar em abalo moral aos beneficiários, além de ofender a Carta Magna ao suprimir garantias e direitos fundamentais dos cidadãos.²⁸

No contexto, alguns beneficiários da Previdência Social ou já perderam o vínculo com o mercado de trabalho ou estão ameaçados por esta situação. Uma vez adoecidos ou com idade avançada, chegam fragilizados aos balcões do INSS, pois, ao perderem os vínculos, geralmente vão-se os projetos e as motivações. Esses beneficiários buscam apenas hospitalidade para se alimentarem de dignidade e autoestima, o que na maioria das vezes, não é isso que encontram.²⁹

²⁵ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Dano Moral no Direito Previdenciário*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 151.

²⁶ CAMPOS, Wânia Alice Ferreira Lima. *Dano Moral no Direito Previdenciário: doutrina, legislação, jurisprudência e prática*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 119.

²⁷ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Dano Moral no Direito Previdenciário*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 140.

²⁸ CAMPOS, Wânia Alice Ferreira Lima. *Dano Moral no Direito Previdenciário: doutrina, legislação, jurisprudência e prática*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 106.

²⁹ SEVERIANO, Evânia Maria Oliveira; MACÊDO, Alano do Carmo. *Previdência Social: a saga entre trabalho e adoecimento*. *Revista Katálysis*. Florianópolis, v. 18, Dez. 2015, p. 172-181. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802015000200172&lang=pt>. Acesso em: 05 maio 2016.

Assim sendo, na relação jurídica que o administrado contrai com a administração, no tocante a tutela previdenciária, ocorrem, de modo habitual e frequente, certas situações em que a administração tem justificado o crescente manuseio da reparação civil por parte do administrado em busca da instrumentalização e recomposição do direito social almejado. Por sua vez, a jurisprudência, como fonte informadora do direito, tem se pautado de maneira decisiva para a viabilidade da reparação moral dentro do contexto previdenciário, delimitando a evolução da reparação civil dentro desse ramo da ciência jurídica.³⁰

5 JURISPRUDÊNCIAS DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

A diligência de jurisprudências sobre a reparação por dano moral no direito previdenciário fundamentou-se em julgados proferidos pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, coletados no sítio eletrônico do tribunal. O TRF da 4ª Região tem sede em Porto Alegre e jurisdição nos Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. A busca selecionou alguns acórdãos:

Atraso na implantação de benefício previdenciário decorrente de coisa julgada obriga o INSS ao pagamento de indenização por danos morais:

ADMINISTRATIVO. CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. ATRASO NA IMPLANTAÇÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DESCUMPRIMENTO DE COISA JULGADA PELO INSS - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. DANO MORAL - CABÍVEL. QUANTIFICAÇÃO.

1. A responsabilidade objetiva independe da comprovação de culpa ou dolo, ou seja, basta estar configurada a existência do dano, da ação e do nexo de causalidade entre ambos (art. 37, §6º da CF/88).
2. O simples indeferimento de benefício previdenciário, ou mesmo o cancelamento de benefício por parte do INSS, não se prestam para caracterizar dano moral. Somente se cogita de dano moral quando demonstrada violação a direito subjetivo e efetivo abalo moral, em razão de procedimento flagrantemente abusivo ou equivocado por parte da Administração, já que a tomada de decisões é inerente à sua atuação.
3. Inexistindo justificativa do INSS para demora em cumprir a ordem judicial transitada em julgado que determinou a implantação do benefício de amparo assistencial, fica demonstrado que o ato estatal foi o causador da restrição de recebimento de verba alimentar por parte da autora, o que transpõe meros aborrecimentos e dissabores do cotidiano.

³⁰AGOSTINHO, Theodoro Vicente; SALVADOR Sérgio Henrique. O dano moral no direito previdenciário: uma necessária abordagem. *Revista de Direito Previdenciário*. São Paulo, v. 1, Nov. 2013, p. 131. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad81815000001546465d241b484e918&docguid=I934900d083f811e384940100000000&hitguid=I934900d083f811e3849401000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=8&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso 05 maio 2016.

4. Comprovada a responsabilidade do INSS pelos danos decorrentes da não implantação do benefício previdenciário, cabível a indenização por danos morais.
5. Na quantificação do dano moral devem ser sopesadas as circunstâncias e peculiaridades do caso, as condições econômicas das partes, a menor ou maior compreensão do ilícito, a repercussão do fato e a eventual participação do ofendido para configuração do evento danoso. A indenização deve ser arbitrada em valor que se revele suficiente a desestimular a prática reiterada da prestação de serviço defeituosa e ainda evitar o enriquecimento sem causa da parte que sofre o dano.
6. Sobre esse valor deve incidir correção monetária, a contar da data da decisão que arbitrou o valor indenizatório (Súmula 362 do STJ), com juros de mora a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ e pacífica jurisprudência).
7. A partir da vigência da Lei nº 11.960/09, devem ser empregados os índices oficiais de atualização, remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. (REsp 1.270.439/PR, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC, o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação conferida pela Lei 11.960/2009).³¹

Segurado acometido de doença teve seu benefício de auxílio doença cancelado indevidamente e a delonga na conversão em aposentadoria por invalidez não condizem com o princípio da dignidade da pessoa humana:

ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA - INDEVIDA. DESCUMPRIMENTO IMEDIATO DE ORDEM JUDICIAL PELO INSS - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. DANO MORAL - CABÍVEL.

1. A responsabilidade objetiva estatal advinda de falha no serviço previdenciário depende de comprovação de ato estatal, dano e nexo de causalidade.
2. Comprovada a suspensão indevida de auxílio-doença e posterior demora em pagar sua conversão em aposentadoria por invalidez, fica demonstrado que o ato estatal foi o causador de vexame e estresse desnecessário para o autor, cabendo ao INSS o pagamento de indenização por danos morais.
3. Indenização fixada em R\$ 10.000,00, de acordo com os parâmetros adotados por esta Corte em casos semelhantes.³²

³¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 5006312-26.2013.4.04.7202**. Relator Juiz Federal Luís Alberto D Azevedo Aurvalle. Data do Julgamento: 15/07/2014. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41405519540381051020000000142&evento=41405519540381051020000000048&key=e-e6f69f61f234a3e22f14e11935f7a5156449e25af6480888349acfb97f126a2>. Acesso em: 24 abr. 2016.

³² BRASIL. Tribuna Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 5001696-91.2012.404.7121**. Relator Juiz Federal Roger Raupp Rios. Data do Julgamento: 11/07/2014. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41405096802224361020000000545&evento=41405096802224361020000000114&key=3e7f66804f-30d65274c26c070ce743015coa7a7d71f24ccc3172536f8f4ef58d>. Acesso em: 24 abr. 2016.

Outra questão já pacificada no TRF da 4ª Região é o zelo que o INSS deve ter com documentos do segurado, essencialmente com a CTPS, sob pena de ter que pagar indenização por danos morais:

PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADE ESPECIAL. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL. HIDROCARBONETOS. RUÍDO. EPI. AFASTADA A INCIDÊNCIA DO ART. 57, § 8º DA LEI Nº 8.213/91. TUTELA ESPECÍFICA. DANO MORAL

1. Uma vez exercida atividade enquadrável como especial, sob a égide da legislação que a ampara, o segurado adquire o direito ao reconhecimento como tal. 2. Constando dos autos a prova necessária a demonstrar o exercício de atividade sujeita a condições especiais, conforme a legislação vigente na data da prestação do trabalho, deve ser reconhecido o respectivo tempo de serviço. 3. A exposição habitual e permanente a níveis de ruído acima dos limites de tolerância estabelecidos na legislação pertinente à matéria sempre caracteriza a atividade como especial, independentemente da utilização ou não de EPI ou de menção, em laudo pericial, à neutralização de seus efeitos nocivos. 4. Demonstrado o tempo de serviço especial por 25 anos, conforme a atividade exercida, bem como a carência mínima, é devido à parte autora o benefício de aposentadoria especial, nos termos da Lei nº 8.213/91. 5. De acordo com o entendimento desta Corte, o benefício de aposentadoria especial, via de regra, é devido desde a DER, porquanto já incorporado ao seu patrimônio jurídico o benefício nos termos em que deferido. 6. Afastada a incidência do art. 57, § 8º, da Lei nº 8.213/91, sob pena de estar impedindo o livre exercício do trabalho. 7. Determina-se o cumprimento imediato do acórdão naquilo que se refere à obrigação de implementar o benefício, por se tratar de decisão de eficácia mandamental que deverá ser efetivada mediante as atividades de cumprimento da sentença *stricto sensu* previstas no art. 461 do CPC, sem a necessidade de um processo executivo autônomo (*sine intervallo*). 8. Comprovado o extravio da CTPS pela Administração, considerando o prejuízo sofrido pelo autor, uma vez que a CTPS contém anotações de sua vida laboral, cabível a indenização por dano moral.³³

A 4ª Turma do TRF da 4ª Região compreendeu ser ilícita a conduta da Administração que cancelou o pagamento de benefício previdenciário de natureza alimentar, sem observar os princípios do contraditório e da ampla defesa:

ADMINISTRATIVO. BLOQUEIO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PELA AUSÊNCIA DE SAQUE. AUSÊNCIA DE REGULAR PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. DANO MORAL. ARBITRAMENTO.

³³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 5003267-38.2013.4.04.7000**. Relator Juiz Federal Ézio Teixeira. Data do Julgamento: 18/12/2013. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=4138747811757468102000000151&evento=4138747811757468102000000113&key=b148b34aa98aa-119ac316ca7ab30c0021b8d8645776e16ab42727fd27281022e>. Acesso em: 24 abr. 2016.

De acordo com a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o cancelamento de benefício previdenciário decorrente de regular procedimento administrativo não caracteriza ato ilícito, já que a tomada de decisão por parte do INSS é inerente a sua atuação.

Todavia, esta não é a hipótese dos autos, porquanto o pagamento do benefício foi bloqueado, por falta de saque por mais de 60 dias, sem a observância de qualquer procedimento administrativo que assegurasse a aposentada o direito ao devido processo legal.

Embora a época da suspensão do benefício vigorasse o art. 113 da Lei nº 8.213/91, que permitia a suspensão do benefício no caso de falta de saque por mais de 60 dias, esta norma não tinha o condão de eximir o INSS de observar um procedimento administrativo de forma a assegurar ao beneficiário o contraditório e a ampla defesa, nos moldes do que dispõe o art. 5º, LV da CF/88.

No processo em exame, a autora é pessoa idosa, com mais de 90 anos de idade, que foi privada durante meses de valores de caráter alimentar, fundamentais para a sua manutenção e sustento.

Demonstrado o nexo causal entre o fato lesivo imputável à ré, exsurge o dever de indenizar, mediante compensação pecuniária compatível com o prejuízo moral.

No arbitramento da indenização advinda de danos morais, o julgador deve se valer do bom senso e razoabilidade, atendendo às peculiaridades do caso, não podendo ser fixado *quantum* que torne irrisória a condenação, tampouco valor vultoso que traduza enriquecimento ilícito.³⁴

Cancelamento indevido de benefício previdenciário em razão de homonímia é causa de danos morais:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMO DE SERVIÇO CANCELADA EM RAZÃO DA IMPLANTAÇÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO A HOMÔNIMO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CABIMENTO.

1. O simples indeferimento de benefício previdenciário, ou mesmo o cancelamento de benefício por parte do INSS, não se prestam para caracterizar dano moral. Somente se cogita de dano moral quando demonstrada violação a direito subjetivo e efetivo abalo moral, em razão de procedimento flagrantemente abusivo ou equivocado por parte da Administração, já que a tomada de decisões é inerente à sua atuação.
2. Os pressupostos para o reconhecimento da responsabilidade objetiva da Administração correspondem à demonstração de fato, dano e nexo de causalidade entre aqueles.

³⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 5003496-90.2012.4.04.7207**. Relatora Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha. Data do Julgamento: 12/11/2013. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41384786608859671020000000252&evento=4138478660885967102000000126&key=5324ddd38ade2cac7boode4a4dd8ec33d52faf480cb54ab59d37f9bbe306b1df>. Acesso em 24 abr. 2016.

3. Hipótese na qual se evidencia a prática de ato comissivo pelos servidores do INSS, os quais, ao procederem à implantação de benefício em cumprimento a decisão judicial para pessoa homônima do autor, cancelaram o benefício do mesmo sem sequer providenciar na análise dos demais dados de identificação do mesmo, como data de nascimento e filiação, implica direito à indenização, uma vez que em decorrência desta situação restou caracterizado dano moral concreto, atingindo a esfera subjetiva do demandante, a lhe ocasionar ansiedade, angústia, tensão e incerteza, não se lhe podendo exigir a demonstração da extensão do dano.³⁵

Também há caso em que o dano moral envolve conduta médica abusiva em perícia médica do INSS:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PERÍCIA MÉDICA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. CONDUTA ABUSIVA. DEVER DE REPARAÇÃO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO.

Comprovado que a parte autora sofreu constrangimento durante consulta médica, previamente agendada pelo INSS, visando à realização de perícia em sua acompanhante para futura concessão ou manutenção de benefício previdenciário.

Reconhecida a presença dos requisitos da responsabilidade civil da ré. Abalo emocional passível de reparação.

Valor da indenização reduzido com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.³⁶

Redução de honorários advocatícios para 10% do valor da condenação. Precedentes deste Tribunal.³⁷

Através da leitura do subcapítulo que trata dos vícios ensejadores de danos e reparação e da pesquisa jurisprudencial realizada no sítio eletrônico do TRF da 4ª Região sobre dano moral previdenciário, passa-se a conhecer algumas condutas adotadas pelos agentes previdenciários do INSS que, na inteligência dos magistrados do TRF da 4ª Região, são capazes de ensejar reparação por danos morais. Nota-se também, que as condutas lesivas por parte dos agentes previdenciários, não são consideradas condutas isoladas, e sim uma constante nas suas relações com os beneficiários da Previdência Social.

³⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação/Reexame Necessário nº 0030792-47.2008.404.7100**. Relator Juiz Federal Guilherme Pinho Machado. Data do Julgamento: 22/11/2011. Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=4683162&hash=679192a1cdded8f3dda07f2b34f96cod6>. Acesso em 24 abr. 2016.

³⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 2007.71.00.044003-5**. Relator Juiz Federal Hermes Siedler da Conceição Júnior. Data do Julgamento: 27/01/2010. Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2787717&hash=85486egbo48308952dfabb7371c935a4>. Acesso em: 29 abr. 2016

³⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 2007.71.00.044003-5**. Relator Juiz Federal Hermes Siedler da Conceição Júnior. Data do Julgamento: 27/01/2010. Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2787717&hash=85486egbo48308952dfabb7371c935a4>. Acesso em: 29 abr. 2016.

Entretanto, vários destes julgados, decide-se pela improcedência do dano moral, pelas razões e fundamentos que seguem:

No julgamento da Apelação Cível nº 5020449-97.2014.4.04.7001, o Juiz Federal Hermes Siedler da Conceição Júnior, da 6ª Turma do TRF da 4ª Região entendeu que “para concessão de dano moral deve ser comprovado abalo moral de grande monta, a ponto de configurar ofensa aos direitos personalíssimos, o que não foi demonstrado nos autos”.³⁸

Em outro caso, de improcedência do dano moral previdenciário, ocorreu no julgamento da Apelação/Reexame Necessário nº 5063142-95.2011.4.04.7100, em acórdão proferido pela Desembargadora Federal Vânia Hack de Almeida, da 6ª Turma do TRF da 4ª Região, no qual a relatora entendeu que “o desconforto gerado pelo não-recebimento temporário do benefício resolve-se na esfera patrimonial, mediante o pagamento de todos os atrasados, com juros e correção monetária”.³⁹

O TRF da 4ª Região, no julgamento da Apelação Cível nº 5000001-68.2012.404.7100, com base no voto da relatora Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha, da 4ª Turma, entendeu “não comprovada conduta ilícita por parte da ré, assim como abalo material e moral relevante sofrido pela parte autora, descabe acolher o pedido de indenização por danos materiais e morais”.⁴⁰

Também por ocasião do julgamento proferido na Apelação/Reexame Necessário nº 5016321-42.2011.404.7000, a 5ª Turma do TRF da 4ª Região, com base no voto do relator Desembargador Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, considerou “incabível a condenação do INSS em danos morais, uma vez que não há prova nos autos de que tenha ocorrido o alegado prejuízo de ordem moral, bem como o nexo causal”.⁴¹

³⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 5020449-97.2014.4.04.7001**. Relator Juiz Federal Hermes Siedler da Conceição Júnior. Data do Julgamento: 27/04/2016. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41462459247675931030928127255&evento=41462459247675931030928163250&key=a831d3f68ffoc2d27b39ad1bdd574e7777ec445429ee64d73ce60aocd886494f>. Acesso em: 15 maio 2016.

³⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação/Reexame Necessário nº 5063142-95.2011.4.04.7100**. Relatora Desembargadora Federal Vânia Hack de Almeida. Data do Julgamento: 24/02/2016. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=4145649897068656202000000006&evento=4145649897068656202000000002&key=53383d47f8199eb474b793964e3bf6ac9924918ba190ef3e05c3dad9eacca984>. Acesso em: 15 maio 2016.

⁴⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 5000001-68.2012.404.7100**. Relatora Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha. Data do Julgamento: 19/08/2014. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41408638599209201110000000498&evento=4140863803114860102000000228&key=ef3f9b5f5edcd339a7785131a87ac68a8003cc248f122b2cf006db7656d69be>. Acesso em: 15 maio 2016.

⁴¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação/Reexame Necessário nº 5016321-42.2011.404.7000**. Relator Desembargador Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Data do Julgamento: 18/12/2012. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41355934547445771110000000363&evento=41355934547445771110000000116&key=dd8cb4995a5a2d4490db7f65d281e87c9f40ado48c5b0144b270694b395f4ddb>. Acesso em: 15 maio 2016.

Com base na interpretação desses julgados, no que tange à impropriedade do dano moral previdenciário, percebe-se, ainda, uma certa cautela por parte dos magistrados em reconhecer o dano moral. De outro modo, averigua-se que, em vários julgados, os magistrados colocam o dano moral no mesmo bojo do dano material, posicionamento este equivocado, visto que o dano moral e o dano patrimonial ofendem bens jurídicos distintos. Também constata-se que simples decepções e aborrecimentos, bem como, cancelamento de benefício previdenciário seguido do devido processo legal, não constituem o dever de reparar, inexistindo, nestes casos, indenização por danos morais.

CONCLUSÃO

Através deste trabalho, constatou-se, que o dano moral previdenciário é visivelmente identificado face às gravíssimas consequências que o indeferimento ou cancelamento indevido destas parcelas de natureza alimentar impõe para quem depende somente deste benefício para prover seu sustento e de sua família. Desta forma, o impedimento do usufruto do benefício expõe o cidadão a uma situação grave, violando sua dignidade, a qual não é restaurada pela mera devolução das parcelas que o segurado faz jus. Dessa forma, a responsabilidade civil na relação beneficiário e INSS é um instrumento eficaz e necessário para a proteção da pessoa, pois a obrigação de pagar uma indenização por danos morais servirá para desestimular a prática do ato ilícito, educando os agentes da Autarquia Previdenciária a cada vez mais valorizar as conquistas de um povo. Quanto ao cidadão, não recuperará a lesão moral, mas terá uma compensação.

Verificou-se uma grande variedade de condutas viciosas dos agentes públicos que dá causa ao indeferimento ou cancelamento indevido de benefícios previdenciários. A aplicação da responsabilidade civil face ao INSS poderá alterar os rumos da atividade deste Instituto, fazendo com que passe a atuar em estrita observância aos princípios da legalidade e da eficiência, atendendo aos anseios da sociedade por uma relação previdenciária justa, digna e solidária. O Estado Democrático de Direito exige que os direitos previdenciários sejam efetivados e uma das formas de efetivá-los é assegurar a reparação por dano moral, garantindo, a manutenção do princípio da dignidade da pessoa humana. Em virtude dos fatos mencionados, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região tem atuado de maneira decisiva para a viabilidade da reparação civil, em função de atos comissivos ou omissivos da Autarquia Previdenciária com o direito reconhecido do cidadão.

Por ter caráter alimentar, o segurado ou dependente que solicitar um benefício não pode tê-lo cancelado ou indeferido por vícios decorrentes de práticas abusivas da Administração Pública, visto que estes benefícios se destinam a subsistência do cidadão, servindo para custear as suas necessidades básicas. Os vícios que impedem que os beneficiários tenham acesso aos benefícios previdenciários a que teriam direito constituem ofensa aos direitos fundamentais, causando reflexos no psicológico do requerente, acarretando a necessidade de reparar o dano moral.

Diante da lacuna existente no direito brasileiro, no que concerne ao valor da indenização por dano moral, constatou-se de extrema importância o papel do magistrado, firmado em sua experiência, sensibilidade e livre arbítrio, decidir sobre a fixação de uma reparação cujo valor, compreenda a dupla função de compensar a vítima e punir o ofensor de maneira a desestimulá-lo a cometer novas infrações, na forma mais ampla possível.

Apesar de a Previdência Social ser alvo frequente de fraudes de sujeitos que simulam o direito ao recebimento de benefícios previdenciários, não é justo que os reais beneficiários terem seus benefícios injustamente cancelados ou indeferidos, sem qualquer respaldo legal, sob o fraco argumento que há indícios de fraude. A jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região ainda é tímida quanto ao reconhecimento do dano moral previdenciário, conforme se verificou na pesquisa jurisprudencial realizada no decorrer deste trabalho. Desta forma, é de suma importância a efetiva responsabilização civil do Estado por danos morais decorrentes de vícios ensejadores de danos e reparação por parte dos agentes públicos do INSS aos seus segurados e seus dependentes.

Finalmente, ressalta-se que o presente artigo não pretende esgotar o assunto nem mesmo detalhar profundamente as questões. O que se pretende é demonstrar que a ideia de amparo, defesa, cuidado do cidadão em face de doenças e velhice, demanda a intervenção do Estado. Resta claro que o princípio da dignidade da pessoa humana está na essência da criação de cada benefício previdenciário e que estes benefícios só foram criados para garantir que todos os beneficiários do INSS tenham condições dignas de vida. A Previdência Social deve estar ao dispor de seus beneficiários, e não o inverso, sendo necessário, neste caso, um maior controle por parte do Estado em todas as etapas do processo administrativo previdenciário.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Theodoro Vicente; SALVADOR Sérgio Henrique. O dano moral no direito previdenciário: uma necessária abordagem. **Revista de Direito Previdenciário**. São Paulo, v. 1, Nov. 2013, p. 131. Disponível em: <http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad-81815000001546465d241b484e918&docguid=I934900d083f811e38494010000000000&hitguid=I934900d083f811e38494010000000000&spos=1&epos=1&t-d=1&context=8&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso 30 abr 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 set. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 2007.71.00.044003-5**. Relator Juiz Federal Hermes Siedler da Conceição Júnior. Data do Julgamento: 27/01/2010. Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2787717&hash=85486egb048308952dfabb7371c935a4>. Acesso em: 29 abr. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 5003496-90.2012.4.04.7207**. Relatora Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha. Data do Julgamento: 12/11/2013. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41384786608859671020000000252&evento=41384786608859671020000000126&key=5324ddd38ade2cac7boode4a4dd8ec33d52faf48ocb54ab59d-37f9bbe306b1df>. Acesso em 24 abr. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 5003267-38.2013.4.04.7000**. Relator Juiz Federal Ézio Teixeira. Data do Julgamento: 18/12/2013. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41387478117574681020000000151&evento=41387478117574681020000000113&key=b148b34aa98aa119ac316ca7ab30c0021b8d8645776e16ab-42727fd27281022e>. Acesso em: 24 abr. 2016.

_____. Tribuna Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 5001696-91.2012.404.7121**. Relator Juiz Federal Roger Raupp Rios. Data do Julgamento: 11/07/2014. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41405096802224361020000000545&evento=41405096802224361020000000114&key=3e7f66804f30d65274c26c070ce743015coa7a7d71f24ccc3172536f-8f4ef58d>. Acesso em: 24 abr. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 5006312-26.2013.4.04.7202**. Relator Juiz Federal Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle. Data do Julgamento: 15/07/2014. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41405519540381051020000000142&evento=4140551954038105102000000048&key=ee6f69f61f234a3e22f14e11935f7a5156449e25af6480888349acfb97f126a2>. Acesso em: 24 abr. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 5000001-68.2012.404.7100**. Relatora Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha. Data do Julgamento: 19/08/2014. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41408638599209201110000000498&evento=41408638031148601020000000228&key=ef3f9b5fbedcd339a7785131a87ac68a8003cc248f122b2cf006db7656d69be>. Acesso em: 15 maio 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação/Reexame Necessário nº 0030792-47.2008.404.7100**. Relator Juiz Federal Guilherme Pinho Machado. Data do Julgamento: 22/11/2011. Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=4683162&hash=679192a1cded8f3dda07f2b34f96cod6>. Acesso em 24 abr. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação/Reexame Necessário nº 5016321-42.2011.404.7000**. Relator Desembargador Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Data do Julgamento: 18/12/2012. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41355934547445771110000000363&evento=41355934547445771110000000116&key=dd8cb4995a5a2d449odb7f65d281e87c9f4oad048c5b0144b270694b395f4ddb>. Acesso em: 15 maio 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação/Reexame Necessário nº 5063142-95.2011.4.04.7100**. Relatora Desembargadora Federal Vânia Hack de Almeida. Data do Julgamento: 24/02/2016. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=4145649897068656202000000006&evento=4145649897068656202000000002&key=53383d47f8199eb474b793964e3bf6ac9924918ba190ef3e05c3dadgeacca984>. Acesso em: 15 maio 2016.

CAMPOS, Wânia Alice Ferreira Lima. **Dano moral no Direito Previdenciário**: doutrina, legislação, jurisprudência e prática. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

CASTRO, Honildo Amaral de Mello. Responsabilidade civil do Estado: alguns aspectos. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 17, jan. 2014, p. 123. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**. São Paulo, v. 6, out. 2011, p. 43. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad8181500000154624629begdf496f1&docguid=l2ec57710f2511dfab6f010000000000&hitguid=l2ec57710f2511dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=98&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 117, já. Mar. 2005, p. 149-166. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**. São Paulo, v. 3, ago. 2011, p. 921-941. **Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**. São Paulo, v. 5, set. 2012, p. 59-80. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007a000001546f42fe8773a1a4f7&docguid=l14d59d90f25511dfab6f010000000000&hitguid=l14d59d90f25511dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=4&context=242&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 01 maio 2016.

FARINELI, Aleksandro Menezes; MASCHIETTO, Fabia. **Dano Moral Previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Mundo Jurídico, 2013.

FURMANN, Ivan; PEREIRA, Gabriel Bittencourt. Mensurando o preço da dor. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 58, abr. jun. 2014, p. 159-178. **Doutrinas Essenciais de Dano Moral**. São Paulo, v. 4, jul. 2016, p. 843-863. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad600790000015493c1e3fcea7a5oba&docguid=lbd34e940033c11e48334010000000000&hitguid=lbd34e940033c11e48334010000000000&spos=1&epos=1&td=4&context=28&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 08 maio 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3.

HARADA, Kiyoshi. Responsabilidade Civil do Estado. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, v. 5, jan. jun. 2000, p. 123-133. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6007a000001546f1d05d273a1a46f&docguid=l9359foc083f811e38494010000000000&hitguid=l9359foc083f811e38494010000000000&spos=4&epos=4&td=20&context=203&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 02 maio 2016.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Dano Moral no Direito Previdenciário**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

MELO, Maria da Penha Pereira de. Moralidade e risco na interface médico-paciente na perícia médica da Previdência Social. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, v. 24, jan. mar. 2014, p. 49-66. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103=73312014000100049-&lang-pt>. Acesso em: 05 maio 2016.

PEREIRA, Caroline Quadros da Silveira. O direito à implantação automática dos benefícios por incapacidade face à ausência de prazo razoável para a realização da perícia médica. **Instituto de Estudos Previdenciários**. Belo Horizonte, ano 08, jun. 2014, n. 309. Disponível em: <<http://www.ieprev.com.br/conteudo/id/34626/t/o-direito-a-implantacao-automatica-dos-beneficios-por-incapacidade-face-a-ausencia-de-prazo-razoavel-para-a-realizacao-de-pericia-medica>>. Acesso em: 01 maio 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SEVERIANO, Evânia Maria Oliveira; MACÊDO, Alano do Carmo. Previdência Social: a saga entre trabalho e adoecimento. **Revista Katálysis**. Florianópolis, v. 18, Dez. 2015, p. 172-181. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802015000200172&lang=pt>. Acesso em: 05 maio 2016.

o perverso ensino jurídico de terrae brasilis: ensinar direito é possível aqui?

William Galle Dietrich

Bacharel em Direito pela Universidade FEEVALE.
E-mail: galledietrich@gmail.com.

Igor Raatz

Pós-doutorando na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Doutor e mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Especialista em processo civil pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Advogado. E-mail: igor@raatzanchieta.com.br.

INTRODUÇÃO

Ludwig Wittgenstein foi um ser humano singular. Nasceu em Viena em 1889 e faleceu em Cambridge em 1951. Além de filósofo, foi engenheiro, soldado e jardineiro. Sua coragem de alistar-se como voluntário no exército austríaco mostra a razão pela qual a ele se atribui o “expediente de unir filosofia e vida da maneira mais radical possível”¹. De personalidade difícil, herdou de seu pai uma grande fortuna, mas desfez-se dela, sob a alegação de que o “dinheiro constituía apenas uma amolação para o filósofo”. Foi mestre em uma escola localizada em Trattenbach, na Áustria e de lá escrevia para Bertrand Russell, que foi seu mestre. Em uma das cartas, afirmou: “os homens de Trattenbach são *perversos*”. Russell respondeu que “todos os homens são perversos”. Não satisfeito, Wittgenstein replicou: “é verdade, mas os homens de Trattenbach são *mais perversos do que os homens de qualquer outro lugar*”.

Há uma semelhança entre Wittgenstein em Trattenbach e os juristas que levam o direito a sério na atualidade. Ambos têm plena certeza de que tudo o que há de mais perverso lhes circunda, superando *qualquer outro lugar*. O modo de ensinar direito difundido no país alcança situações um pouco mais do que preocupantes. Não é por menos que Ovídio Baptista fez a dura afirmação de que “não devemos alimentar esperança de conquistar algum progresso real na busca de um serviço judiciário eficiente e de boa qualidade, se não extirpamos o dogmatismo de nossa formação universitária”². Veja-se que a afirmação de Ovídio é de 2004, vale dizer, há mais de uma década atrás. O que diria o saudoso processualista se observasse hoje a irrefreável difusão de manuais simplificados-esquemáticos? Ou, ainda, o que pensaria o professor ao se deparar com o ensino através de músicas de duvidoso gosto, desenhos e até mesmo quadrinhos?

Eis o busílis. Não se trata de qualquer “complexo de vira-latas”. Em qual outro lugar do mundo se encontrará o ensino jurídico se propagando mais e mais através de manuais de conteúdo pequeno-gnosiológico? Já se chegou ao ponto de serem publicados livros, inclusive, com o adjetivo “mastigado”. E o pior: são as obras mais vendidas para os que se preparam para os concursos públicos. Juízes, promotores, defensores usando livros de baixa (ou nenhuma) densidade teórica. Não há como negar que, em que pese não se esteja em Trattenbach, há algo de perverso aqui.

¹ MARGUTTI PINTO, Paulo Roberto. O Tractatus de Wittgenstein como obra de iniciação. In: *Filosofia Unisinos*. vol. 5. n. 8. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004, p. 87.

² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: O paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 265.

Pois bem. Para proceder no desvelamento do problema apontado, reivindica-se a Crítica Hermenêutica do Direito como fio condutor do presente artigo. Parte-se, portanto, do “método” fenomenológico pensado a partir de Martin Heidegger³, que tem o caráter de não caracterizar a quiddidade real dos objetos da investigação filosófica, o quê dos seus objetos, mas sim o seu modo, o *como* dos objetos⁴. Estabelecido o lugar de fala do presente artigo, se abordará o problema suscitado nos tópicos subsequentes.

1 DO *MODUS OPERANDI*: O PERVERSO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL

Sem qualquer sombra de dúvida, uma das maiores vozes que se volta contra o *modus operandi* de ensinar o direito nas salas de aula das Universidades do Brasil é de Lenio Streck. Em 1999, com o lançamento do livro intitulado de *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*, criou-se um “efeito impactante que permite ao leitor a composição de novos horizontes para se projetar o conhecimento sobre o Direito”⁵. Na referida obra Lenio Streck estabelece as bases de sua teoria na primeira fase da viragem linguística, operada pelo neopositivismo lógico, e no seu sequenciamento/aprimoramento, que é o giro ontológico-linguístico. Afora tais densas bases filosóficas, ainda sedimenta seu combate à discricionariedade judicial na teoria integrativa dworkiniana. Contudo, o que interessa ao presente tópico são suas duras críticas ao “silêncio (eloquente) do imaginário dos juristas” promovido pela dogmática e pelo discurso jurídico⁶.

³ A radicalização do método fenomenológico se dá ao longo da maior obra de Martin Heidegger: *Ser e tempo*. Nesse sentido, vale observar percuciente lição de Ernildo Stein acerca do tema: “*Ser e tempo* que expõe provisoriamente o seu método fenomenológico no § 7; lança nos § 31 ao 33 os fundamentos do método hermenêutico e as possibilidades de uma nova compreensão do método, dentro do próprio trabalho filosófico; analisa no § 45 a situação hermenêutica e a condição de circularidade em que até aí trabalhara a analítica existencial; desdobra os três momentos da compreensão no fim do § 62, para no § propriamente metodológico, § 63, o autor fazer uma parada, *realizando uma consideração metateórica* sobre o procedimento metodológico que acompanhou implicitamente a exposição do objeto. As condições metodológicas explícitas para a analítica deram-se no desdobramento da própria analítica. A caminho do objeto estava-se também à procura do caminho. É uma concepção de método em filosofia totalmente nova, dado que toma forma numa nova moldura paradigmática: que rompe com o paradigma da relação sujeito-objeto como modelo de método”. In: STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre “Ser e tempo”*. 5. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014, p. 34-35.

⁴ HEIDEGGER, Martin. *Sein und zeit*. Tübingen: Max Niemeyer, 1967, p. 27.

⁵ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Diário de classe: O Livro que provocou reviravolta hermenêutica no Direito*. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2013-ago-10/diario-classe-livro-provocou-reviravolta-hermeneutica-direito>>. Acesso em 26 mar. 2015.

⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 77.

O Professor gaúcho denuncia que “como os habitantes da caverna de Platão, os juristas permaneceram por muito tempo presos à aparente tranquilidade que surge das sombras projetadas pelo teatro de fantoches diante do fogo”⁷. E, com efeito, demonstra que tal *modus operandi*, que considera o direito como uma “mera racionalidade instrumental” faz com que o próprio ensino jurídico seja encarado como uma terceira coisa, no interior da qual o professor é um *outsider* do sistema⁸.

Nessa linha, o ensino jurídico passa a trabalhar com *prêt-à-porters* significativos metafísicos. O resultado se vê nos livros reproduzidos em sala de aula. Diariamente percebem-se discussões que beiram a estultice como, por exemplo, o estado de necessidade de Caio e Tício que brigam por uma tábua da salvação, ou qual foi a vontade do legislador para determinada norma⁹. O mundo da prática se distancia do mundo da teoria, forjando um dos dualismos metafísicos mais problemáticos existentes na seara jurídica contemporânea.

⁷ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Diário de classe: O Livro que provocou reviravolta hermenêutica no Direito**. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2013-ago-10/diario-classe-livro-provocou-reviravolta-hermeneutica-direito>>. Acesso em 26 mar. 2015.

⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 79.

⁹ Nesse sentido: “Ocorre, assim, uma *ficcionalização do mundo jurídico*, como se a realidade social pudesse ser procustianamente aprisionada/moldada/explicada através de verbetes e exemplos com pretensões universalizantes. Alguns exemplos beiram ao folclórico, como no caso da explicação do ‘estado de necessidade’ constante no art. 24 do Código Penal, não sendo incomum encontrar professores (ainda hoje) usando o exemplo do naufrágio em alto-mar, em que duas pessoas (Caio e Tício, personagens comuns na cultura dos manuais) ‘sobem em uma tábua’, e na disputa por ela, um deles é morto (em estado de necessidade, uma vez que a tábua suportava apenas o peso de um deles...!). Cabe, pois, a pergunta: por que o professor (ou o manual), parra explicar a excludente do estado de necessidade, não usa um exemplo do tipo ‘*menino pobre entra no Supermercado Carrefour e subtrai um pacote de bolacha a mando de sua mãe, que não tem o que comer em casa?*’ Mas isto seria exigir demais da dogmática tradicional. *Afinal de contas, exemplos deste tipo aproximariam perigosamente a ciência jurídica da realidade social...*! [...] Consequência disso é que o processo de interpretação da lei passa a ser um jogo de cartas (re)marcadas (Ferraz Jr., bairros de Brum, J. E. Faria e Warat). Ainda se acredita na ficção da vontade do legislador, do espírito do legislador, da vontade da norma (sic). Aliás, de que ‘legislador’ falam os comentaristas? Santiago Nino, citado por Ferraz Jr., ironiza as ‘propriedades que caracterizam o legislador racional’, uma vez que ‘ele’ é uma *figura singular*, não obstante os colegiados, etc., *é permanente*, pois não desaparece com a passagem do tempo; *é único* como se todo ordenamento obedece a uma única vontade; *é consciente*, porque conhece todas as normas que emana; *é finalista*, pois tem sempre uma intenção; *é onisciente*, pois nada lhe escapa, sejam eventos passados, futuros ou presentes; *é onipotente*, porque suas normas vigem até que ele mesmo as substitua; *é justo*, pois jamais quer uma injustiça; *é coerente*, ainda que se contradiga na prática; *é onicompreensivo*, pois o ordenamento tudo regula, explícita ou implicitamente; *é econômico*, ou seja, nunca é redundante; *é operativo*, pois todas as normas têm aplicabilidade, não havendo normas nem palavras inúteis; e, por último, o legislador *é preciso*, pois apesar de se valer de palavras de linguagem natural, vagas e ambíguas, sempre lhes confere um sentido rigorosamente técnico... É de se perguntar: pode alguém, ainda, acreditar em tais ‘propriedades’ ou ‘características’ do ‘legislador’?”. (grifou-se) In: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 81-84.

Para verificar essa dicotomia metafísica entre teoria/prática, basta lembradas de algumas questões que são cobradas dos acadêmicos diariamente. Além da tábua da salvação, disputada entre Tício e Mévio, quem não se recordará da famosa questão em que Caio e Mévio pretendem matar Tício (sempre eles) com veneno? Caio e Mévio desconhecem um a intenção do outro, de modo que ambos acabam por ministrar apenas a metade da dose que seria necessária para matar Tício. Entretanto Tício acaba não se ajudando muito e bebe as duas porções de veneno. E a pergunta da questão adentra sobranceira: por qual crime devem responder Caio e Mévio? Bom, talvez Tício merecesse morrer mesmo, pois não é possível acreditar que alguém seja tão “desatento” – para fazer uso de um eufemismo – ao ponto de beber duas doses de veneno ao mesmo tempo sem perceber.

O direito penal acaba se destacando com isso. Ao explicar o erro de tipo sempre exsurge a velha estória do caçador que atirou em alguém fantasiado de veado em meio ao mato. Incrível. Os tribunais estão repletos de processos onde pessoas fantasiadas de animais foram atingidas por disparos de caçadores. Ou, ainda, o caso do cidadão que queria matar uma criança e acertou um anão?²⁰ Enfim, os exemplos não terminam. E a consequência disso é que os juristas não percebem que seus manuais não conseguem dar conta da *facticidade*. É por isso, por exemplo, que não se consegue perceber que alguém que furta duas melancias assim o faz pelo fato de que tem fome. De que está em estado de necessidade. Mas o “jurista” forjado no paradigma manualístico não consegue ver nenhum Caio e nenhum Tício e nenhuma tábua em alto mar. Logo não há o que se falar em tal excludente¹¹.

Por isso é acertada a afirmação de Ovídio Baptista, que há uma crise da tradição manualística-institucional¹², formando uma separação entre teoria e prática, “inspirada nos dois mundos kantianos, o mundo do *ser* e o do *dever ser*”¹³. Todas essas pesadas críticas ao ensino promovido nas Universidades têm

²⁰ As críticas direcionadas a todas estas questões são encontradas com maior profundidade em: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 81 e ss.

¹¹ CONJUR. **Juiz manda soltar homens acusados de roubar melancia**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2004-abr-02/juiz_manda_soltar_homens_acusados_roubar_melancia>. Acesso em 01 set. 2016.

¹² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: O paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 50.

¹³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: O paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 36.

uma razão de ser: o ensino acabou por formar um *habitus*¹⁴, ou seja, “um modo rotinizado, banalizado e trivializado de compreender, julgar e agir com relação aos problemas jurídicos”¹⁵.

Assim, com base em Lenio Streck e Ovídio Baptista, pode-se dizer que um dos principais problemas do ensino jurídico é a promoção da dicotomia metafísica prática-teoria. Imagina-se a existência de um direito da vida e outro direito, das Universidades. A consequência imediata disso é a manutenção do *sensu comum teórico* (Warat), no *habitus* (Streck) pelo *pensamento dogmático* (Ovídio). Não seria demasiado afirmar que, no momento atual, a crise do ensino se tornou tão grave que até a relevância de um pensamento crítico/reflexivo foi obnubilada, pois a os juristas se tornaram meros *operadores* do *instrumento* que o Direito mediocrementemente se tornou. E o ensino jurídico tem papel fundamental nesse velamento.

Ademais, vale a lembrança de que a crítica ao ensino é simbólica. Não deve apenas se pensar naquilo que ocorre nas salas de aula nas Universidades. Não é preciso pesquisar muito para que se observe temas que são suficientes, quando muito, para a produção de um artigo, sendo alvo de teses de doutorado: embargos de terceiro, agravo de instrumento, laudo arbitral, etc. Ora, como seria possível escrever uma tese de doutorado sobre tais temas? Ainda, conforme já mencionado, o modo como estão postos os concursos públicos (e seus respectivos cursos preparatórios), vale dizer, em como um jurista se prepara para ingressar no poder judiciário, no Ministério Público, na Defensoria Pública, etc, vai muito mal. Passam nas primeiras fases dos concursos aqueles que melhor decoraram os artigos da legislação, e não aqueles com a maior capacidade crítica. Trata-se daquilo que pode denominar-se de *a arte de ser um aluno ruim*¹⁶.

¹⁴ Lenio Streck retira de Pierre Bourdieu a expressão. Para Bourdieu, o *habitus* consiste em “collection of categories through which individuals perceive their situation in the context of daily life. It is composed of a series of possible goals and a series of possible scenarios for action. The habitus has both an objective and subjective dimension at the same time: its source lies in the culture and practices with which individuals grow up and live, but it is internalized in the minds of individuals on a durable, stable, and ongoing basis throughout their lives. It follows that individuals who undergo similar processes of socialization will share the same habitus and therefore function in a similar fashion in daily situations. On the other hand, because many conflicting elements compose the habitus, it is possible for people to act in more than one way in many social situations”. In: MAUTNER, Menachem. Three approaches to law and culture. In: **Cornell Law Review**. Ithaca, vol. 96, 2011, p. 863-864.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 84.

¹⁶ Observe-se que a crítica passa é feita por um Professor especializado em preparação para o exame da ordem, ou seja, seu “conhecimento de causa” é inquestionável: “Costumo sempre falar nas minhas aulas que o aluno de direito que possui a maior facilidade de passar em provas da OAB é aquele que na época da graduação era fraco, ruim ou péssimo [...]. Faça um exercício mental. Lembre-se dos piores alunos da sua turma. Aqueles que você tinha certeza quem sequer iriam terminar o curso. Agora se lembre dos melhores, os queridinhos dos professores. Qual dos dois passou mais rápido na OAB? Qual dos dois passou mais rápido em concursos? Qual dos dois está progredindo mais rápido na profissão? [...]. O bom aluno sabe demais e por isso ele briga com a prova. **OAB não é lugar para você defender o que acha mais certo ou errado, mais lógico ou ilógico, mas sim para responder exatamente o que a banca quer que seja respondido**. Fugir disso é pedir para não passar. Caso a FGV queira que seja você indique como resposta da soma de 2+2 o resultado 05, é isso que você vai ter que responder”. (grifou-se) In: MORAES, Geovane. **A arte de ser um aluno ruim**. Disponível em: “<http://blog.portalexamedeordem.com.br/a-arte-de-ser-um-aluno-ruim>”. Acesso em 21 abr. 16.

Com efeito, consequência disso é um dos mais nefastos aspectos da cultura *prêt-à-porter* do ensino jurídico, qual seja, que ela não se furta de tentar simplificar questões extremamente complexas. Os não iniciados tentam, por assim dizer, esquematizar sofisticadas questões como se singelos teoremas matemáticos fossem¹⁷, cometendo verdadeiros *hermeneuticídios*¹⁸. Significa dizer que tratam – ou pelo menos tentam - de maneira rasa questões profundas¹⁹.

¹⁷ Partindo do mesmo lugar de fala que a presente monografia, Haide Hupffer lança pertinentes observações nesse sentido: “Por sua vez, ao longo da história, juristas brasileiros fincaram bases sólidas em favor do positivismo jurídico, adotando-o como único método pelo qual o homem pode obter o fundamento irrecusável para a realização do Direito. O método positivista foi adotado no ensino jurídico brasileiro por representar um método seguro para explicações absolutas, recorrendo a um dogmatismo cada vez mais fechado e lógico, utilizando o método indutivo combinado com o dedutivo. O positivismo jurídico [...] ocasionou uma dicotomia entre a questão de fato e a questão de direito. O direito, no último século, no último século, se reduziu no âmbito da legalidade ao aspirar a um conhecimento certo, cientificamente seguro, sob os critérios lógicos de vigência. [...] A consequência da adoção este paradigma no ensino jurídico pode ser observada quando se analisam os reflexos dessa (de)formação metodológica, cujas influências são responsáveis pelo ensino reprodutor, pela aprendizagem passiva (conferências, aulas expositivas, vídeos etc.), pela valorização do estudo da norma em detrimento do caso, pela excessiva ênfase ao ‘universal’ e desprezo pelo caso individual e por essa incapacidade de compreender os fenômenos sociais contemporâneos em sua historicidade, em sua problematidade e em seus aspectos econômicos, políticos, ambientais, culturais, globais e sociais. A partir dessas constatações, depreende-se que os profissionais e acadêmicos ficaram órfãos de debates e proposições, pois o modelo não incentiva ver o Direito a partir de uma perspectiva crítica, reflexiva e problematizadora. Daí poder-se dizer que os acadêmicos perderam aos poucos a capacidade de olhar para além dos códigos e manuais e de ter na preocupação com o ser o alicerce de sua formação, isto é, reflexão-ação-reflexão, e depois o sentido, a noção do real e o quanto do acontecimento e historicidade se dá na relação jurídica e social. A propósito, não se pode alcançar o conhecimento histórico utilizando a lógica dedutiva, calcada nos juízos de certeza do raciocínio matemático”. In: HUPFFER, Haide Maria. **Educação jurídica e hermenêutica filosófica**. 2006. Tese. 381 f. (Doutorando em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, São Leopoldo, RS, 2006. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2469/Educacao%20juridica.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 29 dez. 2015, p. 119-120.

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. Benzo caneta e vade mecum para OAB e concursos. In: **Senso Incomum**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-10/senso-incomum-benzo-caneta-vade-mecum-oab-concursos>>. Acesso em 02 mar. 2015.

¹⁹ E qual o problema de simplificar o que não é simples? Uma metáfora ajuda a explicar: “Einstein fez uma conferência contando a sua teoria da relatividade. Ninguém entendeu. Um cidadão levantou e pediu para ele ser mais simples. E Einstein atendeu. E assim por diante. Depois da quinta vez em que alguém pediu para ser bem simplesinho, Einstein contou novamente a sua ‘tese’. A malta levantou e disse: ‘— agora sim, entendemos!’ E Einstein respondeu: ‘Pois é. Só que agora já não é mais a teoria da relatividade. É tudo menos ela’”. In: STRECK, Lenio Luiz. Entre sábios, nescios, comunicação tautológica e o “louco da palestra”. In: **Senso Incomum**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-06/senso-incomum-entre-sabios-nescios-comunicacao-tautologica-louco-palestra>>. Acesso em 22 abr. 2016.

Nesse sentido, basta observar um singelo exemplo: a renomada instituição Verbo Jurídico é conhecida por sua excelência (entendida aqui como alto nível de aprovação) em preparar alunos para o Exame da OAB²⁰. Trata-se, pois, de instituição que efetivamente forma juristas. Sob esta perspectiva veja-se a aula de filosofia *do direito*²¹, ministrada pelo Professor Antônio Marcelo e sua respectiva lição acerca da teoria hermenêutica do direito:

Em filosofia do direito não me interessa as formas de interpretação (*sic*). Se vai ser através de silogismo, gramatical, não é isso que se discute. Quem são os teóricos da filosofia do direito? São dois: Heidegger e Gadamer. [...]. *E um equívoco porque Heidegger nunca pensou o direito. Quem pensou o direito por ele foi o Lenio Streck que acha que ele pensou o direito. Mas como o Lenio é louco mesmo, fica essa loucura e essa loucura se institucionalizou (sic)*²². (grifou-se)

Observe-se a gravidade da afirmação do Professor. Ora, a constatação de que Heidegger jamais se debruçou sobre o direito é um pouco mais do que evidente, sendo que está questão sempre foi muito clara na Crítica Hermenêutica do Direito²³. Ocorre que a linguagem, para Heidegger, é aquilo que “nos marca, nos determina e nela se dá a revelação dos entes a nós”²⁴, questão que fica bem demonstrada na célebre frase do Filósofo da Floresta Negra “*die Sprache*

²⁰ Vale lembrar que o temido exame da OAB reserva 80 questões para os candidatos ao exercício da advocacia. Das 80 perguntas, tem-se a inexpressiva quantidade de duas questões sobre filosofia *do direito*.

²¹ O problema já se inicia neste ponto. Não se trata de filosofia *do direito*, como se o direito possuísse uma filosofia própria, mas sim, da filosofia *no direito*. Nesse sentido: “[...] apenas através da filosofia *no direito* é que se torna possível pensar pós-metafisicamente o Direito, superando a afirmação — baseada na diferença entre uma semântica jurídica, que trata dos objetos jurídicos no mundo, e a uma semântica filosófica, que não trata de objetos — de que *no Direito não se pensa*, uma vez que o Direito não se move no mesmo nível linguístico da Filosofia”. In: TRINDADE, André Karam. **Diário de classe: A Filosofia no Direito e as condições de possibilidade do discurso jurídico**. Disponível em: “<http://www.conjur.com.br/2014-jun-14/filosofia-direito-condicoes-possibilidade-discurso-juridico>”. Acesso em: 21 abr. 16.

²² PACHECO, Antônio Marcelo. **Aulão de Revisão Exame OAB 2016 – Filosofia do direito**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=YahgKds7Jyw>>. Verbo Ead, 2015 (07 min 25 s). Acesso em 23 abr. 2016.

²³ “Sem dúvida, o conjunto da obra de Heidegger constitui-se em base fundante também de um novo olhar sobre a hermenêutica jurídica, embora – registre-se – *o filósofo não tenha dedicado espaço para o Direito*”. (grifou-se) In: STRECK, Lenio Luiz. Heidegger, Martin. In: **Dicionário de filosofia do direito**. Coord. Vicente de Paulo Barreto. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009, p. 429. Vale a lembrança de que o projeto hermenêutico de Heidegger se mostrou muito mais amplo do que o de interpretar textos: “Chamou-se a análise apresentada em *Ser e Tempo* uma ‘hermenêutica do *Dasein*’. [...] a hermenêutica não se refere à ciência ou às regras de interpretação textual nem a uma metodologia para as *Geisteswissenschaften* mas antes à explicação fenomenológica da própria existência humana”. In: PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999, p. 51.

²⁴ OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 206.

*ist das Haus des Seins*²⁵. Ora, se a linguagem é a “morada do ser”, como poderia se ignorar tais lições de filosofia *no* direito? Afinal de contas o que seriam os textos jurídicos senão a própria linguagem aplicada? Esse é o problema do ensino (e do professor) simplificado. A “lição” é tão frágil que não se carece mais do que cinco ou seis linhas para que se desvelem suas profundas imprecisões.

Não se entrará no fato de que o Professor – depois de sua infundada crítica à teoria streckiana - fala de Heidegger como se este fosse um relativista, pois tal afirmação é tão equivocada que sequer merece maiores considerações. Entretanto, parece claro que, caso pergunte-se a um aluno exposto a este tipo de conhecimento “pequeno-gnosiológico” sobre a importância da Crítica Hermenêutica do Direito, a resposta será imediata (e provavelmente recheada de

²⁵ HEIDEGGER, Martin. **Brief über den Humanismus**. Disponível em: “http://sandamaso.es/uploaded_files/4_heidegger_brief_%C3%BCber_den_humanismus.pdf”. Acesso em 24 abr. 16. p. 1. Sobre tal assertiva heideggeriana, é precisa a explicação de Lenio Streck: “Na *Carta sobre o Humanismo*, Heidegger vai dizer que é nesta habitação – a casa do ser – em que mora o homem. *Os pensadores e os poetas são os guardas desta habitação. A guarda que exercem é o consumir a manifestação do ser, na medida em que levam à linguagem e nela a conservam*. Não é por ele irradiar um efeito ou por ser aplicado, que o pensar transforma-se em ação. O pensar age enquanto exerce como pensar. Este agir é provavelmente o mais singelo e, ao mesmo tempo, o mais elevado, porque interessa à relação do ser com o homem. Toda a eficácia, porém, funda-se no ser e espraia-se sobre o ente. O pensar, pelo contrário, deixa-se requisitar pelo ser para dizer a verdade do ser. A linguagem é a casa do ser; nela morando, o homem ex-siste enquanto pertence à verdade do ser, protegendo-a. *O homem não é o senhor do ente. O homem é o pastor do ser. O ser chega, iluminando-se, à linguagem*”. In: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 201-202 em nota de rodapé.

alguma pompa): “Isso tudo é uma grande equívoco, uma vez que Heidegger jamais pensou o direito” ou, pior, “o Lenio Streck é louco!”²⁶. O que realmente preocupa após esse breve exemplo (que é apenas um entre uma imensidão existente) é: trata-se de uma instituição conhecida por sua excelência em preparar juristas para grandes concursos.

Nesse passo, cada vez mais os mitos continuam velados no campo jurídico uma vez que a produção em massa de juristas “tipo-concurseiro” faz com que estes abdicuem de qualquer senso crítico, muitas vezes pelo fato de que sequer o conhecem. Ou seja, os não iniciados não sabem que não sabem. Com Marx, poder-se-ia afirmar que *o pior dos juristas críticos, ainda assim, é superior ao melhor jurista exposto ao ensino bitolador, porque o pior jurista crítico pensa sobre aquilo que faz*²⁷, ao passo que o outro apenas faz porque “a banca quer assim”.

²⁶ Sobre a dificuldade de se desenvolver questões filosóficas mais sofisticadas nesse emaranhado do senso comum teórico, há precioso relato de dois alunos que submeteram à avaliação suas obras acadêmicas em determinada feira de iniciação científica. Vítimas do pensamento velado, os avaliadores desdenharam do esforço teórico dos acadêmicos, constringendo-os, como se estes tivessem equivocado: “No dia 30 de outubro de 2012, dois dos que aqui escrevem (Adriano e Rafael, bolsistas de iniciação científica na UNISINOS), sob a orientação do terceiro (Prof. Lenio Streck – não presente no evento), apresentaram seus trabalhos no II Salão de Iniciação Científica da Fundação Ministério Público, em Porto Alegre. A resposta da banca avaliadora, presidida pelo ilustre professor Me. Norberto Flach e também composta pelos não menos ilustres professores Drs. Plauto Faraco de Azevedo e Jayme Weingartner Neto será analisada na sequência. O que lá aconteceu foi gravado pelos bolsistas co-signatários deste artigo. O desenrolar da discussão acabará por demonstrar de que modo a Banca da FMP imprimiu – consciente ou inconscientemente – um discurso desmerecedor da pesquisa apresentada. Além das ironias, as perguntas e observações da Banca continham equívocos, que, na verdade, reforçam o senso comum teórico que Warat sempre buscou desmi(s)tificar e desnudar. Os trabalhos dos bolsistas Adriano e Rafael estavam fundados na Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), conjunto de pesquisas capitaneadas pelo Prof. Lenio Streck junto ao Programa de Pós-Graduação da UNISINOS. Na Unisinos, o Professor signatário chefe o DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos – que já possui hoje mais de uma dezena de livros exurgidos das pesquisas ali realizadas (ao que tudo indica, desconhecidas pela douta banca examinadora). O primeiro trabalho – defendido pelo signatário Rafael – discutia a problemática metafísica das súmulas e a ausência da recepção da filosofia pelo direito, que, quanto às súmulas, se mantinha presa na metafísica clássica e na primeira fase do pensamento de Wittgenstein. Trabalho de fôlego, bem detalhado e fundado em obras específicas. A segunda pesquisa – a cargo do signatário Adriano – tratava de uma análise entre direito e literatura de O Estrangeiro, de Albert Camus, tratando dos perigos do subjetivismo na interpretação e da má interpretação da relação entre direito e moral. Lamentavelmente, ao invés de a Banca incentivar trabalhos não dogmáticos e fundados na teoria-filosofia do direito, simplesmente optou pela desconsideração e, quiçá, por um certo desprezo pelo trabalho”. In: STRECK, Lenio Luiz; LEPPER, Adriano Obach e BARBA, Rafael Giorgio Dalla. A banca errou, ou o dia em que Gadamer se tornou subjetivista. In: **Revista Eletrônica Direito e Política**. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791>. p. 2334-2335.

²⁷ A ideia proposta advém de célebre passagem do filósofo ao analisar o trabalho alienado: “Uma aranha executa operações semelhantes às do tecelão, e a abelha envergonha mais de um arquiteto humano com a construção dos favos de suas colmeias. Mas o que distingue, de antemão, o pior arquiteto da melhor abelha é que ele construiu o favo em sua cabeça, antes de construí-lo em cera. No fim do processo de trabalho obtém-se um resultado que já no início deste existiu na imaginação do trabalhador, e portanto idealmente”. In: MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política**. Vol. 1. trad. de Regis Barbosa e Flavio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 298.

Mas o inferno não são apenas os outros. Cometer-se-á, no presente artigo, um *harakiri*. Para não ficar apenas com o problema da instituição Verbo Jurídico, basta observar a deficiência técnica que a maioria das Universidades apresenta em sua grade curricular no curso de direito. Sabe-se que a filosofia é tão importante para o direito como a matemática é para o estudo da engenharia. Agora, basta comparar as grades curriculares dos dois na maioria das instituições de ensino brasileiras. No *curso de engenharia* identifica-se, pelo menos, 07 cadeiras de matemática: Cálculo Vetorial e Geometria Analítica, Geometria Descritiva, Matemática Fundamental, Cálculo Diferencial e Integral I, II e III e Cálculo Numérico. No *curso de direito*, por sua vez, não costumam existir mais que duas cadeiras de filosofia, sendo que não é incomum o uso da nomenclatura filosofia *do* direito, como se o Direito tivesse uma filosofia própria.

O que isso significa? Significa que das quase 70 cadeiras que o curso possui, apenas duas ou três visam a estudar a linguagem. Significa que o direito, que é linguagem aplicada, não se dedica a estudar (e pensar sobre) as condições de possibilidade dos sentidos. Significa, ainda, que cada vez mais se estará refém daquilo que os Tribunais dizem que o direito é, uma vez que a filosofia, apanágio da lucidez e da distância crítica, está sendo deixada de lado. Como bem apontou Heidegger, “somente se nos voltarmos *pensando* para o já pensado, seremos convocados para o que ainda está para ser pensado”²⁸. Sem a filosofia, há a renúncia ao prazer que é pensar.

Um olhar atento perceberá, ainda, que as grades curriculares de engenharia também possuem pelo menos uma cadeira de filosofia. Conclusão: *no direito têm-se apenas uma ou duas cadeiras de filosofia a mais do que a engenharia*. A crítica é simbólica, pois a dificuldade não é propriamente o currículo das universidades: a dificuldade é o ensino jurídico que atingiu um nível de *perversidade* jamais visto em *outro lugar*.

2 DAS CONSEQUÊNCIAS: O FATOR “ES IST SO, SIE MÜSSEN ES GLAUBEN”

Ainda que de forma panorâmica, o tópico pretérito desvelou como a cultura institucional-manualística vem formando “juristas” alienados. Expostos a um ensino bitolador, onde ser um aluno ruim - que se limita a decorar artigos, súmulas, enunciados, conceitos, etc. sem exercer a mínima reflexão crítica - é uma arte, as faculdades vem formando juristas não iniciados, que sequer sabem o que não sabem. Pois bem, uma lição advinda da literatura ajuda a compreender a dimensão do problema. Franz Kafka (1883-1924) é um autor que dispensa maiores apresentações. Nasceu em Praga e sua juventude fora marcada pela conturbada relação que teve com seu pai. É relevante destacar que de 1901 até 1906 estudou Direito na Universidade de Praga e, no outono de

²⁸ HEIDEGGER, Martin. Identidade e diferença. In: *Conferências e escritos filosóficos*. Tradução e notas de Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1989, p. 147. (Os Pensadores).

1906 fez estágio de um ano em dois tribunais. No presente ensaio se debruçará sobre uma das suas maiores obras: *Der Prozeß*, publicado postumamente em 1926 por Max Brod, amigo do escritor²⁹.

Numa apertada síntese, *Der Prozeß* narra a angústia de Josef K., respeitável funcionário de um banco que, certa manhã, é alvo de um súbita intervenção de funcionários da justiça. Com efeito, em tal intervenção, K. descobre que tramita em seu desfavor um processo, entretanto, em face do obscuro e burocrático sistema de justiça, não consegue ter acesso ao real conteúdo das acusações das quais é réu. Josef K. responde, portanto, a um processo sem saber do que se trata.

Der Prozeß É uma obra de interpretações consideravelmente controvertidas. Muitas das divergências advêm do fato de que se trata de uma obra inacabada (apesar do livro narrar até a morte do personagem principal, algo que indicaria uma finalização), e a ordem dos capítulos ter sido organizada por Max Brod e não por Franz Kafka. Assim, como concluir exatamente o que Kafka pretendia com sua obra se sequer finalizou e organizou-a?

Contudo, algumas conclusões são inevitáveis. Parece improvável, por exemplo, que não se perceba na obra uma forte crítica de Kafka à racionalidade burocrática que transforma o sujeito em um objeto. A sucumbência do sujeito enquanto individual se percebe nitidamente ao longo do livro, começando pelo próprio nome do personagem principal: Josef K. Ou seja, alguém sem um sobrenome, sem uma história que lhe precede e, portanto, sem uma identidade³⁰. Nessa linha, o sujeito enquanto individual sofre um *processo* de obliteração, de forma que um *sujeito passa a ser objetificado*. Não é por menos que Josef K. vocifera em sua última frase no livro, pouco antes de morrer: "*Wie ein Hund!*"³¹. Significa dizer: o sujeito individual fora tão agredido pela criticada racionalidade burocrática que não sobrou nada de *sujeito* ao personagem principal, ao ponto de ser executado *como um cão, e não como um indivíduo!* Mas essa é apenas uma das várias discussões sobre a obra³², não sendo o desiderato do presente ensaio exaurir tal questão.

²⁹ Vale lembrar que Max Brod desrespeitou um desejo direto de Kafka. Em 1922, já aposentado em face de sua tuberculose, Kafka havia avisado Brod que, depois de sua morte, todas as suas obras que não haviam sido publicadas deveriam ser destruídas.

³⁰ Apesar do fato de que K. seja um respeitável funcionário de um banco (algo que lhe daria alguma identidade). Também vale lembrar que um dos capítulos incompletos é denominado de "*Fahrt zur Mutter*", situação em que K. demonstra desejo de visitar a sua mãe (*Plötzlich beim Mittagessen fiel ihm ein er solle seine Mutter besuchen*) e que poderia atribuir ao personagem uma maior pessoalidade. Entretanto, conforme mencionado, tal capítulo não fora finalizado.

³¹ KAFKA, Franz. *Der Prozeß*. Disponível em: <http://www.digbib.org/Franz_Kafka_1883/Der_Prozess_.pdf>. Acesso em 10 ago. 2016, p. 81.

³² Para ampla discussão sobre o livro ver: STRECK, Lenio. *Direito e literatura: do fato à ficção: O processo, de Franz Kafka*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-16/direito-literatura-processo-franz-kafka>>. Acesso em 04 set. 2016.

Com efeito, não é novidade que as obras de Kafka sejam trabalhadas na práxis forense³³. Contudo, no presente ensaio, quer-se direcionar essas críticas para o local onde esse problema tem seu germe: no ensino jurídico. Dito de maneira mais singela, um servidor público, seja ele juiz, promotor, oficial de justiça ou escrivão, somente deixa de refletir sobre seus atos em sua atividade diária pelo fato de que o ensino jurídico assim o *domesticou*. Não há outra palavra para o problema. Quando o senso crítico é mal visto, e as questões passam a ser respondidas pelo fato de que “a banca quer assim”, tem-se a configuração de profissionais domesticados, que renunciaram ao prazer que é o pensamento³⁴.

É comum nas salas de aula que as lições sejam pautadas em súmulas e “entendimentos” jurisprudenciais. E no ponto está o problema principal. O problema, em si, não é tratar de uma súmula, mas antes, é tratar a questão de maneira totalmente acrítica. Pense-se, por exemplo, na malfadada Súmula 381 do STJ, que dispõe que nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas. A rigor, nos bancos acadêmicos, tal questão é trabalhada como um *prêt-à-porter*, vale dizer, imposta ao aluno como uma verdade inquestionável, afinal trata-se de uma súmula. São raros aqueles que confrontam a súmula com o art. 51, IV do CDC e os limites semânticos da interpretação, para ficar com apenas um exemplo. E no ponto a obra de Franz Kafka é um poderoso aspecto de reflexão.

³³ Alexandre Morais da Rosa, por exemplo, faz estudo demonstrando através da obra *Colônia Penal* que muitos servidores cumprem as ordens dos juízes, sem nenhuma responsabilidade, pelo fato de que não foram eles quem “decidiram”. Do mesmo modo, o juiz “ao não sujar as mãos na execução, sente-se irresponsável, mesmo que atulhando gente onde não só a terceira lei de José Newton – talvez revogada – nega, a saber, onde cabem 3, acotovelam-se 23”. Há, assim, uma espécie de sentimento de irresponsabilidade recíproco entre juízes e servidores. Seguindo, com base em *O Processo*, Alexandre Morais também denuncia que uma justiça “fugida, opaca, opressora, claustrofóbica, contraditória, burocrática” atormenta Josef K., uma vez que “desde sua prisão, efetuada por funcionários que não sabem os motivos de seus atos, e durante a instrução de seu processo, pouco lhe é explicado”. Trata-se, pois, de um absurdo processual. Alexandre Morais da Rosa trabalha com a alienação dos servidores da justiça, em *O Processo*, para exercer uma crítica contemporânea àqueles que cumprem determinações sem nenhuma reflexão sobre seus próprios atos. In: ROSA, Alexandre Morais da. *Kafka no processo e na colônia penal*. Ainda. **Direito e literatura**: da realidade da ficção à ficção da realidade. Org. Lenio Luiz Streck; André Karam Trindade. São Paulo: Atlas, 2013, p. 9-11.

³⁴ Assim descreve Streck: “Como isso funciona? De que modo os juristas aceitam essa ‘hermenêutica da acomodação’? Renunciando ao prazer de pensar. Renunciando à reflexão. Delegando para uma espécie de ‘monastério do saber’ a ‘tarefa’ de atribuir sentidos. Com Warat, é possível afirmar que, para atingir esse desiderato, a dogmática jurídica elabora um conceito de ideologia muito próprio, que Warat tão bem chamou de ‘*uma forma de paixão que pressupõe a renúncia ao prazer de pensar*’, isto é, o prazer de sentir que se pode enfrentar a realidade com respostas imprevisíveis pela construção de um campo simbólico assumido como objeto de necessidade. Eis aí o terreno em que se forja o senso comum teórico. A aposta na renúncia do prazer de pensar...!”. (grifou-se) In: STRECK, Lenio Luiz. O senso (in)comum das “obviedades” desveladas: um tributo a Luis Alberto Warat. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. São Leopoldo: Editora Unisinos, julho-dezembro de 2012, p. 187.

Na obra kafkiana, K. é abordado em seu quarto pelos dois funcionários da justiça (Franz e Willem). Nessa ocasião, comunicam K. sobre sua prisão (*Sie dürfen nicht weggehen, Sie sind ja verhaftet*), e passam a ouvir muitas indagações do personagem principal, que tinha o intuito óbvio de saber o motivo de sua detenção, até o momento em que escuta de Franz a seguinte frase: *"Es ist so, glauben Sie es doch"* (a coisa é assim, o senhor tem de acreditar). Na realidade, Franz e Willem tampouco faziam ideia dos motivos pelos quais estavam prendendo K., tanto que admitem serem funcionários de baixo escalão, de modo que apenas estavam cumprindo sua função³⁵. Por óbvio, *pensar não fazia parte de suas funções*.

Com efeito, os medíocres funcionários da justiça, na obra de Kafka, e muitos atores do Direito do Brasil têm algo em comum: não sabem o que fazem. Ou melhor, fazem as coisas, mas não sabem o por quê! Essa é a questão fundamental. Ao ler a obra de Kafka, muitos pensariam que é um absurdo alguém seguir uma ordem sem sequer saber do que se trata. Entretanto, o verdadeiro escândalo é que isso ocorre corriqueiramente. As súmulas dos tribunais superiores são um grande exemplo (entre tantos outros): há uma aceitação geral do seu conteúdo sem nenhum senso crítico nas Universidades. Assim como os funcionários da justiça em *Der Prozeß*, os professores mostram a súmula aos alunos e afirmam: *"Es ist so, Sie müssen es glauben"*.

Sem adentrar em todos os problemas hermenêuticos que decorrem do uso das súmulas que se faz no Brasil, como, por exemplo, a tentativa de construção de uma metalinguagem (neo)isomórfica de cariz filosófico-tractatiano³⁶, como se a súmula pudesse abarcar todas as futuras hipóteses de aplicação³⁷, importa destacar que esse modo de "ensinar direito" apenas forma profissionais bitolados e incapazes de refletir sobre as questões jurídicas. Ao limitar-se o ensino jurídico à memorização de súmulas e artigos, cria-se a consequência mais preocupante de todas: *cada vez mais se estará refém do que os Tribunais dizem que o direito é*. Cada vez mais se estará refém do arbítrio e da discricionariedade judicial, que são sérios problemas filosóficos e de democracia.

³⁵ "Wir sind niedrige Angestellte, die sich in einem Legitimationspapier kaum auskennen und die mit Ihrer Sache nichts anderes zu tun haben, als daß sie zehn Stunden täglich bei Ihnen Wache halten und dafür bezahlt werden". In: KAFKA, Franz. **Der Prozeß**. Disponível em: <http://www.digbib.org/Franz_Kafka_1883/Der_Prozess_.pdf>. Acesso em 10 ago. 2016, p. 4.

³⁶ Valendo a lembrança de que Wittgenstein não acreditou na possibilidade de uma metalinguagem: "Linguagem só existe como tematização de constatação: pela linguagem descrevemos eventos no mundo; o mundo mesmo, porém, é indizível. Aliás, não só não posso falar do mundo como também não posso falar da própria linguagem, isto é, Wittgenstein defende no *Tractatus a impossibilidade de metalinguagem*. Uma metalinguagem para ele não figuraria o mundo, mas o arcabouço da afiguração – a estrutura lógica. Mas isso, para Wittgenstein, como vimos, é absurdo, pois aí nada há a afigurar, uma vez que se trata da condição de possibilidade da afiguração". In: OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 109-113.

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em terrae brasilis: necessitamos de uma "teoria para a elaboração de precedentes"? In: **Revista brasileira de ciências criminais**. n. 78, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, maio-junho de 2009, p. 315.

3 DA MANUTENÇÃO: A FIGURA DO PROFESSOR “DEGAS” E A APARIÇÃO DO DEMÔNIO NA SALA DE AULA

Ernilo Stein afirma que a filosofia tem a tarefa primordial de conduzir o homem para além da pura imediatidade, instalando a dimensão crítica. Assim, “o destino do homem e da história depende da lucidez e distância crítica que são o apanágio da filosofia”³⁸. Uma abordagem mais aguçada e mais crítica depende, portanto, necessariamente da filosofia e, conforme já demonstrado no presente estudo, um dos grandes problemas do ensino e a ausência de tal abordagem. Resta, pois, a questão: por que este olhar crítico não tem vez? Por qual razão o ensino jurídico desdenha da filosofia?

Com efeito, um estudo sociológico demonstra bem como o ser humano tende a se comportar muitas vezes de maneira similar, independentemente do seu grau de instrução. José de Souza Martins narra situação assaz curiosa quando ainda era adolescente. Em 1957, aos 17 anos de idade, trabalhava na Cerâmica São Caetano S.A. no subúrbio da cidade de São Paulo, onde exercia basicamente a função de *office boy*. Ainda no início dos anos 50, a referida empresa decidiu promover uma grande ampliação no seu setor de produção de ladrilhos para piso, o que praticamente implicou em construir uma fábrica nova³⁹.

Com efeito, para a ampliação e instalação das novas seções, engenheiros percorreram a *Europa* e os Estados Unidos, visitaram fábricas, consultaram técnicos, reuniram informações e, finalmente, escolheram os equipamentos que seriam utilizados e o modo como seria organizado o processo de trabalho. Assim, introduziram-se *mudanças* substantivas na produção dos ladrilhos, uma vez que a empresa decidiu instalar prensas de fabricação alemã e o trabalho que era totalmente artesanal passava a ter que se adaptar ao ritmo da máquina⁴⁰.

³⁸ STEIN, Ernildo. Nota do tradutor. In: HEIDEGGER, Martin. **Conferências e escritos filosóficos**. Tradução e notas de Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1989, p. 27. (Os Pensadores).

³⁹ É particularmente genial o título que o sociólogo escolhe no capítulo em que narra a situação ocorrida, levando em conta o seu emprego de *office boy* na época: “*o olhar do insignificante*”. In: MARTINS, José de Souza. **A aparição do demônio da fábrica: origens sociais do Eu dividido no subúrbio operário**. São Paulo: Editora 34, 2008, p. 141-153.

⁴⁰ MARTINS, José de Souza. **A aparição do demônio da fábrica: origens sociais do Eu dividido no subúrbio operário**. São Paulo: Editora 34, 2008, p. 154-158.

Para melhor se desenvolver tecnicamente, a empresa criou ao longo dos anos um corpo de engenheiros. José de Souza Martins narra que aparentemente, os mestres⁴¹ se sentiam ameaçados pelas inovações dos engenheiros e, por conseguinte, ameaçados em seu emprego. Os mestres acreditavam que todo trabalho encerrava um segredo prático e a cultura ainda era uma cultura de trabalho baseada nos segredos do ofício⁴².

Nesse sentido, o sociólogo narra que *"os mestres faziam entre si críticas aos engenheiros, desdenhando do seu conhecimento 'muito teórico e pouco prático'"*. De forma escondida, recorriam aos diretores da empresa para influenciá-los a tomar decisões diversas daquelas que os engenheiros propunham. Dessa forma, as limitações técnicas dos mestres acabaram segregando o novo saber, que era tecnológico. Assim, as grandes transformações que estavam ocorrendo na produção traziam para o dia-a-dia tensões e incertezas, do ponto de vista dos trabalhadores e mesmo dos mestres, que não mais podiam seguir sua rotina, seu trabalho legitimado pela tradição, uma vez que nem sempre *compreendiam o que estavam fazendo*⁴³.

Ainda que as tensões se davam entre os mestres e os engenheiros, toda a produção presenciava aquele clima. Assim, todos esses eventos influenciaram para que a olaria recebesse uma visita assaz inusitada: as operárias da seção de escolha acabaram por presenciar a *aparição do demônio da fábrica*. Sim, o demônio efetivamente visitou a olaria do ABC paulista. Segundo relatos, "ele era visto meio sorridente, bem vestido, como os engenheiros [...] as operárias alegavam, também, que nos momentos em que ele aparecia, sentiam cheiro de enxofre"⁴⁴.

Com efeito, José de Souza Martins afirma que não é surpreendente o evento. A aparição do demônio foi, nas palavras do autor, uma *"alienada manifestação de resistência"* às transformações técnicas pelas quais a fábrica estava passando⁴⁵. Nesse sentido, explica o sociólogo:

⁴¹ Os mestres, a rigor, sabiam apenas ler e escrever, sendo que um deles era analfabeto e sabia apenas rabiscar o nome. Geralmente "eram antigos operários da fábrica, que se tornaram mestres de suas seções como resultado de promoções decorrentes de sua experiência e conhecimento prático das respectivas funções. Havia entre eles quem tivesse quarenta anos de trabalho na mesma fábrica e não eram raros os que ali estavam empregados há trinta anos". In: MARTINS, José de Souza. **A aparição do demônio da fábrica: origens sociais do Eu dividido no subúrbio operário**. São Paulo: Editora 34, 2008, p. 161.

⁴² MARTINS, José de Souza. **A aparição do demônio da fábrica: origens sociais do Eu dividido no subúrbio operário**. São Paulo: Editora 34, 2008, p. 162.

⁴³ MARTINS, José de Souza. **A aparição do demônio da fábrica: origens sociais do Eu dividido no subúrbio operário**. São Paulo: Editora 34, 2008, p. 164-166.

⁴⁴ MARTINS, José de Souza. **A aparição do demônio da fábrica: origens sociais do Eu dividido no subúrbio operário**. São Paulo: Editora 34, 2008, p. 173.

⁴⁵ MARTINS, José de Souza. **A aparição do demônio da fábrica: origens sociais do Eu dividido no subúrbio operário**. São Paulo: Editora 34, 2008, p. 177.

A aparição do demônio onde supostamente não houve qualquer mudança no processo de trabalho, a seção de escolha, *foi expressão dos temores gerados pelo conservadorismo* desses setores colocados à margem das inovações e/ou das decisões que levam a elas⁴⁶. (grifou-se)

Em suma é possível afirmar que a aparição do demônio na fábrica fora a manifestação dos temores e da resistência daqueles situados em outro paradigma. Aqueles que não compreendiam o novo, ainda que inconscientemente, refutaram o fenômeno figurando a aparição do demônio. Interessa saber que os mestres, ou seja, aqueles que tinham um pouco mais de instrução não visualizaram o demônio mas, em contrapartida, constantemente refutavam as inovações propostas pelos engenheiros, desdenhando das novidades. *Ou seja, os mestres manifestavam seu temor ao novo, vale dizer, ao que não conseguiam compreender, através do desdém.* Os operários, através da visualização do demônio. Alguma semelhança com o que ocorre nos bancos acadêmicos? Afinal, qual será o aluno que nunca presenciou um professor (ou vice-versa) *desdenhando* do estudo da filosofia no direito?

No ponto surge uma figura folclórica: o “professor *degas*”. Lenio Streck, de forma bem humorada, demonstra que tal espécie de professor (ou aluno) é aquele que diz “bobagens como ‘para que serve essa coisa complicada que é a Filosofia...’. Ou coisas como ‘até a aula anterior, vocês estudaram o sexo dos anjos; agora vem o ‘degas’ aqui que vai ensinar Direito para vocês’ [...]”⁴⁷. O Professor/aluno “degas” *desdenha do conhecimento filosófico, que ele acha muito teórico e pouco prático*, assim como faziam os mestres em relação aos engenheiros. Alguns argumentos beiram o absurdo, como, por exemplo, o exemplo citado em que o professor vocifera que “Heidegger jamais pensou sobre o direito”. Ou, ainda, escutam-se argumentos levianos como o de que “Heidegger era um nazista”⁴⁸,

⁴⁶ MARTINS, José de Souza. **A aparição do demônio da fábrica**: origens sociais do Eu dividido no subúrbio operário. São Paulo: Editora 34, 2008, p. 167.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Senso Incomum**: A verdade das mentiras e as mentiras da verdade (real). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-28/senso-incomum-verdade-mentiras-mentiras-verdade-real#_ftn6_1247>. Acesso em 04 set. 2016.

⁴⁸ É verdade que Heidegger “aplaudiu” o nazismo. Conforme relata Ernildo Stein, “em 1933, ano de ascensão de Adolf Hitler ao cargo de chanceler da Alemanha, Heidegger foi elevado ao cargo de Reitor da Universidade de Freiburg. No discurso da posse – *A Auto-Afirmação da Universidade alemã* – deu boas-vindas ao advento do nazismo, expressando suas esperanças numa ‘completa revolução da existência germânica.’”. In: STEIN, Ernildo. Vida e obra. In: HEIDEGGER, Martin. **Conferências e escritos filosóficos**. Tradução e notas de Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1989, p. VII. (Os Pensadores). Contudo, os que acusam Heidegger de ser um nazista esquecem, por exemplo, que em 1934, após 10 meses de reitoria, demitiu-se de Freiburg por discordância com o regime. Aliás, Heidegger foi um “homem de seu tempo”. Aparenta ser assaz oportuno taxar um pensador da importância de Heidegger como nazista em pleno século XXI. Sobre isso, vale uma preciosa reflexão de Jorge Luís Borges: “As datas são para o esquecimento, mas fixam os homens no tempo e trazem multiplicadas conotações”. In: BORGES, Jorge Luís. **Prólogos, com um prólogo de prólogos**. São Paulo: Cia. das Letras, 2010, p. 108.

como se tal questão fosse macular sua importante descoberta da carga pré-ontológica positiva operando dentro da boa circularidade⁴⁹. Genial. Aliás, talvez por ser um dos autores de maior dificuldade para compreensão e, ainda, tratar-se do fio condutor da CHD, Heidegger passou a ser o alvo preferido dos “não iniciados”. Não impressionará se o Filósofo da Floresta Negra for visto nas salas de aula, *meio sorridente e bem vestido, acompanhado de um forte cheiro de enxofre*.

Com efeito, com base no estudo de José de Souza Martins, é possível afirmar que o jurista que *desdenha* da filosofia nada mais faz do que expressar os temores gerados pelo seu conservadorismo. Através do desdém manifesta o seu medo. Como não conseguem compreender a importância da filosofia e pensam, na sua visão conservadora, que o direito vai bem sem ela, tratam de desdenhá-la. A constatação é amarga, mas esse tipo de fala, que subestima a filosofia no direito nada mais é do que falta de leitura e falta de compreensão da matéria. Não há palavras amenas para designar esse problema. Os que assim procedem são tão ingênuos que sequer sabem que não sabem, pois estão distantes do apanágio da lucidez, que é a filosofia. São, nas palavras de Ernildo Stein, “não iniciados”.

Por isso que os juristas acabam virando piada pra os filósofos. *Não sabem do que falam e falam do que não sabem*. Como exemplo, basta pensar na busca da verdade real no processo, em que uma mixagem de paradigmas metafísicos à brasileira é exercida, uma vez que a pretendida verdade real, que bem se enquadraria “na boca de um essencialista medieval, da filosofia clássica, objetivista”, também passa a ser utilizada como um *álibi teórico*, uma vez que parte na “busca de elementos de ‘convicção’ pelo juiz (a questão do gerenciamento da prova), quanto do argumento performático para motivar uma decisão que padece de coerência e integridade”⁵⁰. Ou seja, na busca pela verdade real no processo é possível que se visualize perfeitamente lastros do objetivismo aristotélico-tomista e da filosofia da consciência: quando se admite uma verdade real, se está assumindo compromisso com a metafísica clássica e com a acepção de *adaequatio intellectus et rei*, vale dizer, o sujeito se submete ao objeto. Contudo, muitas vezes a verdade real passa a ser um *álibi* para que o juiz possa transgredir as regras processuais respectivas. Com efeito, na busca da verdade ontológica clássica, o julgador passa a fazer do processo o que sua consciência determina. Inverte-se a polaridade e o processo passa a ser o *locus* da *adaequatio rei et intellectum*. Vale dizer, o processo se submete à consciência do juiz. Eis, portanto, a mixagem dos paradigmas⁵¹.

⁴⁹ Nesse sentido, as palavras de Gadamer: “Heideggers hermeneutische Reflexion hat ihre Spitze nicht so sehr darin, nachzuweisen, daß hier ein Zirkel vorliegt, als vielmehr darin, daß dieser Zirkel einen ontologisch positiven Sinn hat”. In: GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, p. 271.

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a verdade real? Uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de *terrae brasilis*. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 101, vol. 921, 2012, p. 368.

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a verdade real? Uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de *terrae brasilis*. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 101, vol. 921, 2012, p. 369.

E os “degas” insistem em desdenhar do conhecimento filosófico. Fica até difícil de culpá-los, pois eles nem sabem que não sabem. Como bem pontuou Streck, eles têm essa “vantagem”. Entretanto, é inegável que a manutenção do ensino jurídico do jeito que se encontra, conseguindo, por mais inacreditável que possa ser, piorar com o decorrer dos anos, perpassa por essa resistência alienada do meio acadêmico a um estudo com maior profundidade. Dito de outra forma, o ensino jurídico de péssima qualidade produz uma blindagem, de modo que sua alienação é tamanha ao ponto de impedir o desenvolvimento de qualquer senso crítico. Aqueles que buscam um maior senso crítico, para piorar, passam a ser desdenhados. A pergunta que fica é: ensinar direito é possível aqui?

4 AFINAL, ENSINAR DIREITO (O DIREITO) É POSSÍVEL AQUI?

Em primeiro lugar, para ensinar direito (o direito) aqui é necessário que se estabeleça um *common ground*, vale dizer, que se estabeleça pontos em comum para que a discussão possa partir de algum ponto que é recíproco às partes⁵². Não se tem a pretensão de transformar o currículo do curso de direito em um currículo de filosofia. Não quer-se formar filósofos e tampouco sociólogos. Quer-se formar juristas. E, ao contrário disso, as Universidades vêm formando, com algum esforço, “técnicos” escravos daquilo que *os-Tribunais-dizem-que-o-direito-é*, resumindo o direito à subsunção de súmulas e ementas ao caso concreto (ou a questão-do-concurso em concreto), como se estivessem lidando com matemática. No ponto é acertada a lição de Ovídio Baptista, que afirma que para recuperar nossa autonomia crítica “havemos de renunciar ao sonho Iluminista de transformar o Direito numa ciência abstrata e formal, construída com puros conceitos, com vocação, com todo conceito, para a eternidade”⁵³.

⁵² Francisco Motta, partindo do texto “*Is Democracy Possible Here?*” e da concepção de democracia constitucional dworkiniana indagou se a democracia seria possível aqui, no Brasil. Em uma de suas passagens, afirma que “difícilmente se vê um esforço genuíno, de parte a parte, *mesmo no meio intelectual*, para que se atinja uma espécie de *common ground*: pontos comuns que tornem a discussão [...] reciprocamente proveitosa”. Significa dizer: é necessário o estabelecimento de conceitos comuns para que as bases de uma democracia sejam proveitosamente deliberadas. E, nessa linha de pensamento, também se enquadra o presente problema do ensino jurídico. In: MOTTA, Francisco José Borges Motta. As condições democráticas de Ronald Dworkin e o instituto da Judicial Review: a democracia é possível aqui? In: **Bens jurídicos indisponíveis e direitos transindividuais**: percursos em encruzilhadas. Rogério Gesta Leal, Anízio Pires Gavião Filho, organizadores. Porto Alegre: FMP, 2015, p. 205.

⁵³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: O paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 265.

Com efeito, quer se dizer que *sem o compartilhamento de conceitos, o diálogo – e a divergência sincera – é impossível*⁵⁴. Nesse sentido, vale ainda lembrar ponto denunciado por Aristóteles, no Livro VIII de *Tópicos*, quando discorre sobre a técnica específica da disputa:

Não se deve debater com toda a gente, não se deve exercitar a dialética com o primeiro que aparecer. Com certos indivíduos o debate será necessariamente vicioso: com um homem que procure de todo o modo possível fugir ao debate, é justo tentar por todas as formas conseguir finalizar o raciocínio, mas o resultado nunca será famoso⁵⁵.

Ou seja, alguns juristas, mormente no denunciado caso dos “degas” encontram-se tão alienados que dificilmente se estabelecerá algum diálogo proveitoso/produtivo. Em outras palavras, o seu desprezo e desdém pela filosofia obnubilam uma discussão profícua. Antes de se dialogar com esta espécie de “juristas” sobre o cerne do problema é necessário que estes passem por constrangimentos epistemológicos, para que atinjam o nível mínimo, vale dizer, para que pelo menos saibam que não sabem. O diálogo e o *common ground* são necessários. Mas serão inócuos se estabelecidos com “qualquer um” ou de “qualquer forma”.

Uma vez superada tal questão, para a ultrapassagem da trivialização do ensino jurídico são necessárias profundas reflexões, dentre elas: o incremento do estudo de filosofia nas grades curriculares, a aproximação da realidade à sala de aula e a consequente ruptura com a dicotomia *ser/dever-ser*; o abandono dos manuais de baixa densidade teórica, a reformulação no modo de avaliação em concursos, a aproximação do direito com a sociologia, com a literatura, etc. Algumas mudanças já são dignas de alvíssaras. Veja-se, por exemplo, o relato de Lenio Streck: “outro dia estive no Piauí [...] fiquei emocionado com os jovens estudando Direito e Literatura. Há uma disciplina em uma faculdade local, onde os professores e alunos debatem a partir do programa”⁵⁶. Entretanto, ainda falta muito para que se possa considerar o ensino jurídico em *terrae brasilis* não mais como o *mais perverso dentre todos os lugares*.

Precisa-se, ainda, abandonar o mito de que o direito é o que os Tribunais dizem que ele é. É necessário reivindicar alguma dignidade para si próprio: se o ensino jurídico se limitar à subsumir súmulas e enunciados, qual é a finalidade de uma graduação? Não é preciso estudar cinco anos para isso. E tal mito somente vem se sustentando através do ensino jurídico de baixo nível. Nessa linha, aceitando a gravidade do quadro e as necessárias modificações será,

⁵⁴ MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática*. Tese (doutorado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orientação: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000014/0000142C.pdf>>. 2014, p. 161-162.

⁵⁵ ARISTÓTELES. *Tópicos*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2007, p. 497.

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Faltam grandes narrativas no e ao direito. Direito e literatura: da realidade da ficção à ficção da realidade*. Org. Lenio Luiz Streck; André Karam Trindade. São Paulo: Atlas, 2013, p. 231.

sim, possível ensinar direito aqui. Com os aportes da literatura “estariamos não só humanizando o direito como também mostrando que ele não precisa desempenhar sempre o papel de vilão da história”⁵⁷ e com a filosofia, se estará sempre mais próximo da dimensão crítica, uma vez que “quando as sombras da noite começaram a cair é que levanta vôo o pássaro de Minerva”⁵⁸.

CONCLUSÃO

Com o presente ensaio foi possível desvelar que o ensino jurídico acabou formando uma blindagem, de modo que estudos feitos com maior densidade teórica passa(ra)m a ser mal vistos. Impera o ensino “facilitado-mastigado” e a utilização de manuais desprovidos de densidade teórica. A consequência mais perigosa de tudo isso é que cada vez mais o direito vem sendo o que os Tribunais dizem que é. Formam-se profissionais medíocres, sem nenhuma capacidade de questionamento, submissos de forma incondicionada às súmulas e enunciados. A filosofia no direito vai mal e a democracia pior.

Dessa forma, a mudança do quadro requer um esforço árduo. É necessário um amplo debate, notadamente partindo de necessários constrangimentos epistemológicos aos setores que “demonizam” o estudo mais denso do direito. É preciso mais filosofia *no* direito. São necessários os aportes literários para a construção de melhores narrativas *ao* direito. Somente partindo de tais premissas, se poderá ter alguma esperança de que o direito deixe de ser *aquilo-que-os-Tribunais-dizem-que-ele-é* para ser *aquilo-que-o-direito-é*. Somente assim será possível ensinar direito (o direito) aqui.

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. O direito e suas ficções. *Direito e literatura: da realidade da ficção à ficção da realidade*. Org. Lenio Luiz Streck; André Karam Trindade. São Paulo: Atlas, 2013, p. 5.

⁵⁸ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. XXXIX. (Clássicos).

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Tópicos**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2007.

BORGES, Jorge Luís. **Prólogos, com um prólogo de prólogos**. São Paulo: Cia. das Letras, 2010.

CONJUR. **Juiz manda soltar homens acusados de roubar melancia**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2004-abr-02/juiz_manda_soltar_homens_acusados_roubar_melancia>. Acesso em 01 set. 2016.

GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. (Clássicos).

HEIDEGGER, Martin. **Brief über den Humanismus**. Disponível em: “http://sandamaso.es/uploaded_files/4_heidegger_brief_%C3%BCber_den_humanismus.pdf”. Acesso em 24 abr. 16.

_____. Identidade e diferença. In: **Conferências e escritos filosóficos**. Tradução e notas de Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1989. (Os Pensadores).

_____. **Sein und zeit**. Tübingen: Max Niemeyer, 1967.

HUPFFER, Haide Maria. **Educação jurídica e hermenêutica filosófica**. 2006. Tese. 381 f. (Doutorando em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, São Leopoldo, RS, 2006. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2469/Educacao%20juridica.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 29 dez. 2015.

KAFKA, Franz. **Der Prozeß**. Disponível em: <http://www.digbib.org/Franz_Kafka_1883/Der_Prozess_.pdf>. Acesso em 10 ago. 2016.

MARGUTTI PINTO, Paulo Roberto. O Tractatus de Wittgenstein como obra de iniciação. In: **Filosofia Unisinos**. vol. 5. n. 8. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004.

MARTINS, José de Souza. **A aparição do demônio da fábrica**: origens sociais do Eu dividido no subúrbio operário. São Paulo: Editora 34, 2008.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. Vol. 1. trad. de Regis Barbosa e Flavio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

MAUTNER, Menachem. Three approaches to law and culture. In: **Cornell Law Review**. Ithaca, vol. 96, 2011.

MORAES, Geovane. **A arte de ser um aluno ruim**. Disponível em: "<http://blog.portalexamedeordem.com.br/a-arte-de-ser-um-aluno-ruim>". Acesso em 21 abr. 16.

MOTTA, Francisco José Borges Motta. As condições democráticas de Ronald Dworkin e o instituto da Judicial Review: a democracia é possível aqui? In: **Bens jurídicos indisponíveis e direitos transindividuais**: percursos em encruzilhadas. Rogério Gesta Leal, Anízio Pires Gavião Filho, organizadores. Porto Alegre: FMP, 2015.

_____. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. Tese (doutorado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orientação: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000014/0000142C.pdf>>. 2014.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Diário de classe**: O Livro que provocou reviravolta hermenêutica no Direito. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2013-ago-10/diario-classe-livro-provocou-reviravolta-hermeneutica-direito>>. Acesso em: 26 mar. 2015.

PACHECO, Antônio Marcelo. **Aulão de Revisão Exame OAB 2016 – Filosofia do direito**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=YahgKds7Jyw>>. Verbo Ead, 2015 (07 min 25 s). Acesso em: 23 abr. 2016.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999.

ROSA, Alexandre Morais da. Kafka no processo e na colônia penal. Ainda. **Direito e literatura**: da realidade da ficção à ficção da realidade. Org. Lenio Luiz Streck; André Karam Trindade. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: O paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

STEIN, Ernildo. Nota do tradutor. In: HEIDEGGER, Martin. **Conferências e escritos filosóficos**. Tradução e notas de Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1989. (Os Pensadores).

_____. **Seis estudos sobre "Ser e tempo"**. 5. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

_____. Vida e obra. In: HEIDEGGER, Martin. **Conferências e escritos filosóficos**. Tradução e notas de Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1989. (Os Pensadores).

STRECK, Lenio Luiz. Faltam grandes narrativas no e ao direito. **Direito e literatura**: da realidade da ficção à ficção da realidade. Org. Lenio Luiz Streck; André Karam Trindade. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Heidegger, Martin. In: **Dicionário de filosofia do direito**. Coord. Vicente de Paulo Barreto. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. O que é isto – a verdade real? Uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de *terrae brasilis*. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 101, vol. 921, 2012.

_____. O senso (in)comum das “obviedades” desveladas: um tributo a Luis Alberto Warat. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. São Leopoldo: Editora Unisinos, julho-dezembro de 2012.

_____. **Senso Incomum**: A verdade das mentiras e as mentiras da verdade (real). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-28/senso-incomum-verdade-mentiras-mentiras-verdade-real#_ftn6_1247>. Acesso em 04 set. 2016.

_____. **Senso Incomum**: E eles têm a vantagem de não saber que não sabem...! Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-23/senso-incomum-eles-vantagem-nao-saber-nao-sabem>>. Acesso em 07 set. 2016.

_____. **Senso Incomum**: Entre sábios, néscios, comunicação tautológica e o “louco da palestra”. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-06/senso-incomum-entre-sabios-nescios-comunicacao-tautologica-louco-palestra>>. Acesso em 22 abr. 2016.

_____. Súmulas vinculantes em terrae brasilis: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”? In: **Revista brasileira de ciências criminais**. n. 78, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, maio-junho de 2009.

_____; LEPPER, Adriano Obach; BARBA, Rafael Giorgio Dalla. A banca errou, ou o dia em que Gadamer se tornou subjetivista. In: **Revista Eletrônica Direito e Política**. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791>.

_____; TRINDADE, André Karam. O direito e suas ficções. **Direito e literatura**: da realidade da ficção à ficção da realidade. Org. Lenio Luiz Streck; André Karam Trindade. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Direito e literatura**: do fato à ficção: O processo, de Franz Kafka. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-16/direito-literatura-processo-franz-kafka>>. Acesso em: 04 set. 2016.

TRINDADE, André Karam. **Diário de classe**: A Filosofia no Direito e as condições de possibilidade do discurso jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-14/filosofia-direito-condicoes-possibilidade-discurso-juridico>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

[VOLTAR](#)

[SUMÁRIO](#)

DIREITO 10:

DESAFIOS À EFETIVAÇÃO DO DIREITO

ORGANIZADORES

Haide Maria Hupffer | André Rafael Weyermüller | Daniel Sica da Cunha

ISBN

978-85-7717-206-1